UNIVERSITAT DE BARCELONA

Titularidad y ejercicio de derechos fundamentales de las personas extranjeras. Un estudio entre Chile y España

Fernanda Andrea Torres Villarrubia

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (**www.tdx.cat**) i a través del Dipòsit Digital de la UB (**diposit.ub.edu**) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (**www.tdx.cat**) y a través del Repositorio Digital de la UB (**diposit.ub.edu**) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (**www.tdx.cat**) service and by the UB Digital Repository (**diposit.ub.edu**) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSITAT DE BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Constitucional

TITULARIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS. UN ESTUDIO ENTRE CHILE Y ESPAÑA

Director: Dr. David Moya Malapeira

Directora: Dra. Dolly Natalia Caicedo Camacho

FERNANDA ANDREA TORRES VILLARRUBIA

BARCELONA, 2024

Resumen

La presente investigación tiene por objeto realizar un estudio en clave de igualdad, del reconocimiento constitucional de la titularidad de derechos fundamentales de las personas extranjeras en los países de recepción, y su impacto en la protección de los derechos fundamentales de las personas extranjeras específicamente en Chile.

El estudio de un estatuto constitucional de las personas extranjeras se justifica en consideración a una serie de dificultades concretas que se manifiestan tanto en el diseño como en la implementación de la institucionalidad migratoria vigente en Chile y que redundan en un inferior estándar de protección de los derechos de las personas inmigrantes. Hasta febrero del año 2022, la normativa vigente en materia extranjería en el Estado chileno era el D.L. N.º 1.094 de 1975, normativa preconstitucional y preconvencional, fruto del conjunto de normas publicadas en la dictadura militar chilena, que difiere absolutamente de los estándares internacionales de derechos humanos hoy en día.

Desde esa perspectiva, la hipótesis planteada pretende demostrar la eventual existencia de las causas de la falta de reconocimiento del inmigrante como sujeto titular de derechos fundamentales en Chile. El interrogante por esclarecer es ¿Existen en el ordenamiento constitucional chileno elementos suficientes para sostener la existencia de la titularidad de derechos de las personas extranjeras en igualdad de condiciones que las nacionales? Teniendo como referencia el sistema constitucional español y los márgenes que entrega el sistema universal de derechos humanos para cada sistema jurídico, así como la especificad de las normas y tribunales internacionales regionales en materia de derechos humanos.

Para el desarrollo de esta investigación, se utilizará en primer lugar un estudio histórico/jurídico que permite entender la evolución del reconocimiento del extranjero como persona titular de derechos en la carta fundamental de Chile y cómo, a nivel legislativo, fue ignorado y vulnerado como sujeto de derecho hasta el año 2022. La necesidad la revisión histórica de los derechos, a lo largo de esta investigación, es uno de los requisitos necesarios para entender tanto el sentido actual de los derechos como las claves principales de su evolución jurídica. Este estudio es complementado con un

análisis doctrinal y jurisprudencial de la regla de titularidad de la Constitución Política de la República de Chile, así como las instituciones bases de la Teoría Constitucional, como la reserva de ley, la interpretación constitucional o el contenido esencial de los derechos son desarrollados desde la óptica de las migraciones.

Para comprender los marcos de la titularidad de derechos se revisará, a modo de ejemplo, el modelo constitucional español; a efectos de comparar las soluciones constitucionales, legislativas y jurisprudenciales efectuadas en ese Estado para construir una titularidad de los derechos de los inmigrantes. Esta revisión doctrinal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español, radica en que dicho Estado es un país receptor de un gran porcentaje de población latina y específicamente chilena, dada su tradición y vinculación durante la época colonial, la guerra civil española y posteriormente en la dictadura militar de Chile de 1973.

En segundo lugar, a través de un estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, serán analizados los distintos pactos, tratados internacionales y observaciones elaboradas por las organizaciones internacionales bajo el Sistema Universal de Derechos Humanos, y como la multiplicidad de normas internacionales configura una titularidad fragmentada de las personas migrantes, que a veces genera un estándar inferior de la protección de sus derechos.

Posteriormente, a través de la jurisprudencia de los tribunales internacionales del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humano, se busca comparar dos modelos regionales de protección de derechos, y como estos han construido la titularidad y el ejercicio de derechos de las personas extranjeras bajos sus sistemas.

Finalmente se presentarán las conclusiones a esta investigación con el objeto de responder a la pregunta de si efectivamente existen en el ordenamiento constitucional chileno elementos suficientes para sostener la existencia de la titularidad de derechos de las personas extranjeras en igualdad de condiciones que las nacionales.

Abstract

The present research aims to conduct an equality-focused study on the constitutional recognition of the entitlement to fundamental rights for foreign individuals in receiving countries and its impact on the protection of their fundamental rights, with a specific focus on Chile.

The study of a constitutional framework for foreign nationals is justified by a series of concrete challenges evident in both the design and implementation of the current immigration framework in Chile, which result in a lower standard of protection for the rights of immigrants. Until February 2022, the legal framework governing immigration in Chile was Decree-Law No. 1,094 of 1975, a pre-constitutional and pre-conventional regulation enacted under the Chilean military dictatorship. This legal framework significantly diverged from contemporary international human rights standards.

From this perspective, the hypothesis seeks to demonstrate the potential causes of the lack of recognition of immigrants as subjects entitled to fundamental rights in Chile. The central question to be addressed is: Does the Chilean constitutional framework contain sufficient elements to uphold the existence of foreign nationals' entitlement to rights on equal terms with nationals? This analysis will be conducted with reference to the Spanish constitutional system and the margins provided by the universal human rights system for each legal system, as well as the specificity of international and regional human rights norms and courts.

To develop this research, a historical/legal study will first be undertaken to understand the evolution of recognizing foreign nationals as rights-bearing persons in Chile's fundamental charter, and how, legislatively, they were ignored and violated as subjects of rights until 2022. The historical review of rights is an essential prerequisite for understanding both the current meaning of these rights and the primary keys to their legal evolution. This study will be complemented by a doctrinal and jurisprudential analysis of the constitutional rule on entitlement within the Chilean Political Constitution, addressing core constitutional theory principles, such as the principle of legal reservation, constitutional interpretation, and the essential content of rights, all analyzed through the lens of migration.

To examine the frameworks of rights entitlement, the Spanish constitutional model will be reviewed as an example. This analysis will involve comparing the constitutional, legislative, and jurisprudential solutions adopted in Spain to construct the entitlement to rights for immigrants. The doctrinal and jurisprudential review of the Spanish Constitutional Court is pertinent because Spain is a recipient country for a significant percentage of Latin American and specifically Chilean migrants, due to its historical ties during the colonial period, the Spanish Civil War, and later during Chile's 1973 military dictatorship.

Secondly, through a study of International Human Rights Law, various international treaties, covenants, and observations by international organizations under the Universal Human Rights System will be analyzed. This analysis will explore how the multiplicity of international norms creates a fragmented framework for migrants' rights, sometimes resulting in a lower standard of protection

.

Subsequently, the jurisprudence of international courts within the European Human Rights Protection System and the Inter-American Human Rights System will be compared. This comparison will examine how these two regional models have constructed the entitlement and exercise of rights for foreign nationals within their respective systems.

Finally, the research will present its conclusions to address whether the Chilean constitutional framework contains sufficient elements to affirm the existence of foreign nationals' entitlement to rights on equal terms with nationals.

Resum

La present investigació té com a objecte realitzar un estudi en clau d'igualtat sobre el reconeixement constitucional de la titularitat de drets fonamentals de les persones estrangeres als països de recepció, i el seu impacte en la protecció dels drets fonamentals de les persones estrangeres específicament a Xile.

L'estudi d'un estatut constitucional de les persones estrangeres es justifica en consideració a una sèrie de dificultats concretes que es manifesten tant en el disseny com en la implementació de la institucionalitat migratòria vigent a Xile i que repercuteixen en un estàndard inferior de protecció dels drets de les persones immigrants. Fins al febrer de l'any 2022, la normativa vigent en matèria d'estrangeria a l'Estat xilè era el D.L. núm. 1.094 de 1975, una normativa preconstitucional i preconvencional, fruit del conjunt de normes publicades durant la dictadura militar xilena, que difereix absolutament dels estàndards internacionals de drets humans actuals.

Des d'aquesta perspectiva, la hipòtesi plantejada pretén demostrar l'eventual existència de les causes de la manca de reconeixement de l'immigrant com a subjecte titular de drets fonamentals a Xile. La pregunta per esclarir és: existeixen, en l'ordenament constitucional xilè, elements suficients per sostenir l'existència de la titularitat de drets de les persones estrangeres en igualtat de condicions que les nacionals? Tenint com a referència el sistema constitucional espanyol i els marges que ofereix el sistema universal de drets humans per a cada sistema jurídic, així com l'especificitat de les normes i tribunals internacionals regionals en matèria de drets humans.

Per al desenvolupament d'aquesta investigació, s'utilitzarà, en primer lloc, un estudi històric/jurídic que permeti entendre l'evolució del reconeixement de l'estranger com a persona titular de drets a la carta fonamental de Xile i com, a nivell legislatiu, va ser ignorat i vulnerat com a subjecte de dret fins a l'any 2022. La necessitat de la revisió històrica dels drets, al llarg d'aquesta investigació, és un dels requisits necessaris per entendre tant el sentit actual dels drets com les claus principals de la seva evolució jurídica. Aquest estudi es complementa amb una anàlisi doctrinal i jurisprudencial de la regla de titularitat de la Constitució Política de la República de Xile, així com les institucions bàsiques de la Teoria Constitucional, com la reserva de llei, la interpretació

constitucional o el contingut essencial dels drets, que es desenvolupen des de la perspectiva de les migracions.

Per comprendre els marcs de la titularitat de drets, es revisarà, a mode d'exemple, el model constitucional espanyol, amb la finalitat de comparar les solucions constitucionals, legislatives i jurisprudencials adoptades en aquest Estat per construir una titularitat dels drets dels immigrants. Aquesta revisió doctrinal i jurisprudencial del Tribunal Constitucional Espanyol es justifica pel fet que aquest Estat és receptor d'un gran percentatge de població llatina i, específicament, xilena, donada la seva tradició i vinculació durant l'època colonial, la guerra civil espanyola i, posteriorment, la dictadura militar de Xile de 1973.

En segon lloc, a través d'un estudi del Dret Internacional dels Drets Humans, s'analitzaran els diferents pactes, tractats internacionals i observacions elaborades per les organitzacions internacionals sota el Sistema Universal de Drets Humans, i com la multiplicitat de normes internacionals configura una titularitat fragmentada de les persones migrants, que de vegades genera un estàndard inferior de protecció dels seus drets.

Posteriorment, a través de la jurisprudència dels tribunals internacionals del Sistema Europeu de Protecció de Drets Humans i el Sistema Interamericà de Drets Humans, es buscarà comparar dos models regionals de protecció de drets i com aquests han construït la titularitat i l'exercici dels drets de les persones estrangeres dins els seus sistemes.

Finalment, es presentaran les conclusions d'aquesta investigació amb l'objectiu de respondre a la pregunta de si efectivament existeixen, en l'ordenament constitucional xilè, elements suficients per sostenir l'existència de la titularitat de drets de les persones estrangeres en igualtat de condicions que les nacionals.

"Es hoy un deber de los Estados asumir la regulación de los fenómenos migratorios en clave de derechos humanos, siendo impertinente, obsoleto y vulneratorio de derechos todo enfoque de criminalización de la migración, de xenofobia juridificada o de trato al migrante como un peligro o riesgo social."

Ministro Rodrigo Pica Flores

Tribunal Constitucional de Chile

(1979-2023)

Agradecimientos

Agradezco en primer lugar a mi familia y amigos por su gran apoyo y cariño durante todo este proceso, el cual comenzó hace muchos años y culmina hoy con la lectura de esta tesis.

A mi pareja y compañero de vida, Sergio Maneus, por confiar siempre en mí. Barcelona ha sido siempre generosa conmigo, mucho más desde que estás a mi lado.

A mis directores de tesis, el Dr., David Moya, la Dra. Natalia Caicedo y el Dr. Jaime Bassa, por aceptar ser mis guías, mis maestros. Por su infinita paciencia pero sobre todo por creer en esta investigación.

A mis compañeros y compañeras del Observatorio de Derecho Público IDP, GESDI UB y CER-Migración UAB, por ser mi familia, mi lugar seguro y permitirme desarrollar esta investigación junto a ellos.

A todos los y las defensores de derecho humanos con los cuales hemos luchado para la construcción de un mundo más equitativo, justo e igualitario especialmente para las mujeres, migrantes, niños, niñas y adolescentes. En especial al colectivo FEMChile y a las Organizaciones de Migrantes y Promigrantes en Chile.

Por último, pido disculpas previas por las incorreciones lingüísticas que podrían encontrar en la redacción de mi trabajo, debido a que, muchas veces, no he podido evitar pensar en mi lengua madre (un castellano chileno y de la Patagonia del cual me siento orgullosa) pero que repercute en consecuencia, en escribir en un castellano atípico.

Índice

Abreviaturas……15

Introducción……19

Capítulo I

El modelo chileno de titularidad y ejercicio de derechos fundamentales

I. Antecedentes constitucionales y legales respecto a la titularidad de derechos por los extranjeros……...35

1. Primera etapa: la gestación del orden constitucional (1811 a 1833)…….…….....35

1.1.Los reglamentos constitucionales provisorios……..…….....…….38

1.2.Los Ensayos Constitucionales……..……...….....44

2. Segunda etapa: el establecimiento del modelo constitucional (1833 a 1975……52

2.1.La Constitución de 1833 y su larga vigencia…….52

2.2.La Constitución de 1925: origen y necesidad de su promulgación……62

3. Tercera etapa: del modelo neoliberal hasta el texto constitucional de 1980…….69

3.1.El Decreto Ley N.° 1.094 de 1975 y el modelo de seguridad interior……73

3.2.El texto constitucional de 1980……..79

4. El retorno a la democracia y el desarrollo constitucional migratorio en el siglo XXI ……..…….. 83

4.1. Los proyectos de reforma al D.L. N.º 1.094 de 1975……85

4.2. La nueva Ley de Migración y Extranjería…….91

4.3.El primer proceso constituyente y el intento de una nueva Constitución……..……....95

4.4.La reforma constitucional en los años 2022-2023 y la criminalización de la inmigración……...97

II. Titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros en el texto constitucional chileno……...102

1. Formulación de la atribución de titularidad……102

2. La titularidad y ejercicio de los derechos a la luz del derecho internacional…….109

3. La reserva de ley y el margen del legislador para determinar o afectar a la titularidad de derechos de los extranjeros……...113

3.1. Limitaciones y restricciones del legislador en materia de titularidad y ejercicio de derechos fundamentales de los extranjeros…….123

3.2. El núcleo esencial como criterio de limitación en la actuación del legislador ……128
4.La interpretación constitucional de la titularidad de derechos de las personas extranjeras…….131
4.1. La dignidad humana en el sistema constitucional chileno como fundamento de la titularidad genérica de derechos……..135
4.2. La igualdad constitucional como regla de aplicación de la titularidad de derechos……...……...140
5. Ámbitos de determinación de la titularidad de derechos del extranjero en Chile: análisis jurisprudencial……...146
5.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de extranjería…….147
5.1.1. El reconocimiento del artículo 19 de la CPR con los vocablos "todas las personas……147
5.1.2. La categoría de extranjero dentro del derecho de igualdad y su configuración con relación al artículo 19 N.º 2 de la CPR…….148
5.1.3. El trato diferenciado según el Tribunal Constitucional en materia de extranjería1…….149
5.1.4. La titularidad específica del derecho en el artículo 19 N.° 7 literal a) de la CPR relativo al derecho de circulación y residencia……151
5.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de extranjería……151
5.2.1. Proporcionalidad en la aplicación de la medida de expulsión…….155
5.2.3. Aplicación directa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos…….157
5.2.4. Derecho a la libre circulación y residencia……159
5.2.5. Titularidad y ejercicio de derechos políticos…….161
6. El reconocimiento de derechos sociales a las personas extranjeras…….164

Capítulo II

España y el modelo de titularidad selectiva y de ejercicio de derechos fundamentales

I. Antecedentes constitucionales y legales respecto a la titularidad de derechos por los extranjeros…….167
1. Los derechos de los extranjeros en los textos constitucionales y legales del siglo XIX en España……...168

2. Los derechos de los extranjeros en los textos constitucionales y legales de la Segunda República y durante la dictadura de Franco……183
II. Los derechos de los extranjeros en la Constitución española de 1978……191
1. La Constitución de 1978 y la regulación legal de las migraciones…….191
2. Titularidad y ejercicio de derechos fundamentales en el sistema constitucional español ……...204
2.1. El modelo de titularidad de derechos en la Constitución española de 1978……...204
2.2. La titularidad y ejercicio de los derechos a la luz del derecho internacional……...209
2.2.1. El derecho internacional como norma directamente aplicable……..209
2.2.2. El derecho internacional como canon interpretativo…….213
2.3. Titularidad y ejercicio de derechos fundamentales a la luz del derecho comunitario y en particular de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ……221
2.4. La reserva de ley y el margen del legislador para afectar la titularidad de derechos de los extranjeros……...237
2.4.1. La vinculación y eficacia directa de los derechos fundamentales…..241
2.4.2. El contenido esencial de los derechos……244
2.4.3. Delimitaciones y límites a los derechos fundamentales…….249
3. La interpretación constitucional de la titularidad de derechos de los extranjeros……251
4 . La doctrina de la clasificación de derechos de los extranjeros…….254
5. Criterios del Tribunal Constitucional respecto a varios regímenes de titularidad de derechos por los extranjeros……...260
5.1.El criterio del vínculo con la dignidad humana en la Constitución español ……..…… 261
5.2. El criterio de igualdad constitucional……...261
5.3. El criterio de ponderación y proporcionalidad como alternativa…….268
6. Ámbitos de titularidad de derechos de los extranjeros según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional……..270
6.1. Derecho a la libre circulación y residencia…….270
6.2. Detención administrativa en frontera…….272
6.3. Derecho a la salud y acceso al sistema sanitario…….273
6.4. Derecho de sufragio……...275

Capítulo III

Titularidades fragmentadas en el derecho internacional

I. Cuestiones previas: contexto de los derechos humanos en el derecho internacional y las personas extranjeras……...279

1. Inicios del derecho internacional y su vinculación con la persona humana…….279

1.1. Surgimiento y evolución de los derechos humanos……..283

1.2.Reconocimiento de los derechos humanos en tratados internacionales……291

2. La universalidad de los derechos humanos como base para la titularidad……..293

3. La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos…….300

4. La condición de vulnerabilidad de los extranjeros…….309

II. Las titularidades fragmentadas en el sistema universal de derechos humanos……..315

1.Tratados, convenios y pactos de derechos humanos vinculados a los migrantes……317

1.1.La Declaración Universal de los Derechos Humanos como base de la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros ……317

1.2.Los pactos internacionales de derechos humanos, convenios y declaraciones, resoluciones, directrices de los organismos internacionales…….322

1.2.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales …….322

1.2.2. Convenios internacionales específicos desde un análisis fragmentado de la titularidad de derechos……326

1.2.3. Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes……..336

2. El soft law en materia de migraciones: observaciones generales y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular……..339

3. El estatuto jurídico de los trabajadores migratorios……..……..344

3.1. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares…….344

3.2. La Organización Internacional del Trabajo y los trabajadores extranjeros……..……349

Capítulo IV

Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

I. El Sistema Europeo de Derechos Humanos……357
1. El Tribunal Europeo de Derechos Humano……358
2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos…….361
2.1. El CEDH como canon de interpretación de los derechos humanos……362
2.1.1. Construcción de reglas de interpretación por vía jurisdiccional……362
2.1.2. La función consultiva de interpretación del TEDH……364
3. Criterios de atribución de titularidad y ejercicio de derechos……365
3.1. El principio de territorialidad de la CEDH……366
3.2. El principio de universalidad de la CEDH: jurisdicción……368
3.3. Casos especiales de aplicación de territorialidad o jurisdicción de la CEDH por parte del TEDH……..371
3.3.1.Jurisdicción y territorialidad son aplicados conjuntamente……371
3.3.2.Casos de control efectivo o de facto en un territorio……...373
3.3.3.Casos que quedan fuera del control territorial……374
3.4. Casos de aplicación extraterritorial de la CEDH……..375
3.4.1. Casos de extraterritorialidad y jurisdicción conjuntas……...375
3.4.2. Las “zonas grises” de aplicación extraterritorial...…….377
3.4.3. Los casos relativos a detenciones en el mar y naufragios……...384
3.4.4. La protección de la extraterritorialidad: la reunificación familiar…..385
4. La exclusión a titularidad y ejercicio de derechos: el derecho a sufragio y participación política según el art. 16 CEDH……...389
5. Proporcionalidad y límites en el ejercicio de derechos humanos……392
5.1. El juicio de proporcionalidad…….……..393
5.2. Derechos absolutos: prohibición de la tortura y esclavitud……..396
5.3. La situación personal del demandante…….404
5.4. Existencia de un riesgo real para la vida de la persona extranjera……407
6. Titularidad y ejercicio de derechos de los extranjeros según el TEDH……..……408
6.1. Derechos de circulación y residencia: art. 5º de la CEDH y Protocolo adicional N.° 4…….……...408
6.1.1. El poder de los Estados para detener extranjeros ..……..….409
6.2. Garantías procesales y penales……417
7. La Carta de derechos sociales……419

7.1. Mecanismos de control de la Carta Social Europea……...420
7.2. Los derechos económicos y sociales reconocidos en la CSER respecto a las personas extranjeras……...421
II. Sistema Interamericano de Derechos Humanos……424
1. El modelo jurisdiccional del Sistema Interamericano de protección de derechos….427
1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos……...427
1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos……..…...430
2. El Corpus Iuris Interamericano……...431
2.1. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre……...433
2.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos……..436
2.3. El Protocolo sobre derechos económicos, sociales y culturales……440
2.4. Otros instrumentos internacionales del SIDH……...441
3. Referencias en torno a la universalidad y aplicación territorial de la CADH……..443
4. Normas y reglas de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos……445
5. El control de convencionalidad……..448
6. Titularidad y ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos……...453
6.1. El principio de igualdad y la protección a personas vulnerables……..453
6.2. Exclusión a la titularidad de derecho: la participación política……456
6.3. El derecho de circulación y de residencia en la CADH ……457
7. Desarrollo jurisprudencial en materia de titularidad y ejercicio de derechos humanos …….. .460
7.1. Las Opiniones Consultivas en materia de extranjería……..460
7.1.1. Derecho a la información a la asistencia consular……460
7.1.2. La condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados……..462
7.1.3. La protección especial en materia de niñez migrante……465
8. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos……467
8.1. Derecho a la asistencia consular del extranjero detenido……467
8.2. La situación jurídica de los extranjeros frente a las detenciones ilegales y arbitrarias ..…... 468
8.3. El derecho a la libre circulación. ……471
8.4. El derecho a la nacionalidad ……472

8.5. Normas del debido proceso y protección específica para personas extranjeras……..479

Conclusiones ...…….……487

Bibliografía ...……519

Abreviaturas utilizadas.

ACNUR:	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.
ACNUDH:	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
Art.:	Artículo.
CADH:	Convención Interamericana de Derechos Humanos.
CAT:	Comité contra la Tortura.
CC:	Código Civil.
CDN:	Comité de los Derechos del Niño (siglas en inglés)
CE:	Constitución Española.
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CEDAW:	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (siglas en inglés)
CERD:	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (siglas en inglés)
CEPAL:	Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPR:	Constitución Política de la República de Chile.
CWM	Comité Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (siglas en inglés)
DESC:	Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
D.L.:	Decreto Ley.
D.F.L.:	Decreto con Fuerza de Ley.
D.S.:	Decreto Supremo
DUDH:	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Inc.:	Inciso.
FAO:	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.
MERCOSUR:	Mercado Común del Sur.
Nº:	Número
OACNUDH:	Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

OEA:	Organización de Estados Americanos.
OIM:	Organización Internacional para las Migraciones.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
OMS:	Organización Mundial para la Salud.
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC:	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
SIDH:	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
STCC:	Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile.
STCE:	Sentencia del Tribunal Constitucional Español.
SUDH:	Sistema Universal de Derechos Humanos.
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
PNUD:	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
UNICEF:	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

Introducción

La migración es un fenómeno en constante evolución. Tanto los flujos migratorios como los factores de movilidad humana han ido mutando de acuerdo con las necesidades que tienen las personas de trasladarse de un Estado a otro en búsqueda de mejores expectativas de vida, económicas, educativas o laborales, entre otras. Estos flujos constantes de personas impactan en los países de origen y de destino tanto demográfica como socioeconómicamente y precisan que necesariamente se configure un sistema de jurídico y de protección de las personas inmigrantes durante todo su trayecto migratorio (origen, tránsito y destino).

Desde los inicios de la colonización española y portuguesa en Latinoamérica, a partir de los siglos XV y XVI, los movimientos migratorios fueron decisivos para la conformación de una nueva sociedad[1]. Las costumbres y tradiciones hispánicas se unieron a las culturas originarias americanas, constituyendo un tipo de organización social conocida como "la sociedad indiana", cuya base demográfica estaba compuesta por la población indígena autóctona, los migrantes españoles, europeos y el esclavo africano[2].

Esto significó que la población americana estuviera en constante evolución durante el periodo colonial debido a factores como el crecimiento vegetativo y el sostenido aumento del flujo migratorio por parte de los españoles.[3] Este flujo migratorio estaba compuesto por una migración oficial, legal y controlada por las autoridades administrativas, pero también por una de tipo ilegal conducida por empresas dedicadas al tráfico de inmigrantes. El proceso migratorio europeo hacia América produjo una avalancha de

[1] BRAVO, Guillermo y NORAMBUENA Carmen. *Procesos migratorios en Chile: una mirada histórica-normativa*. Santiago de Chile: ANEPE, 2018.
[2] Los migrantes africanos llegaron a esta parte de América en calidad de esclavos con dos fines: para reducir el trabajo que en las minas y en la agricultura realizaban los indígenas colonizados y, además, para formar parte de la mano de obra requerida en las instalación es de los ingenios azucareros que procesaban las cañas con el objeto de obtener azúcar y otros productos. Aunque no es posible calcular la cantidad de africanos que se trajo durante la colonia, porque hubo mucho contrabando de piezas de esclavo, se estima que hacia el año 1650 vivían en suelo americano español alrededor de 715.000 negros africanos. Cfr. BRAVO, G. y NORAMBUENA, C., op.cit., p. 12. Véase, también, sobre inmigración africana a Chile: CUSSEN, Celia. "Raza y calidad de vida en el Reino de Chile. Antecedentes coloniales de la discriminación", en TIJOUX, María Emilia edit. Racismo en Chile. La piel como marca de la inmigración. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2016, p. 21-33
[3] BRAVO, G. y NORAMBUENA, C. op.cit., p.12.

inmigrantes hacia los Estados Unidos y Canadá[4], y posteriormente, también de manera masiva a Brasil, Argentina y Uruguay. En menor proporción llegó a Chile este flujo desde Europa, toda vez que los puertos del Atlántico fueron privilegiados por sobre los del Pacífico debido a las dificultades de ruta y costos de viaje de estos últimos[5].

En el siglo XIX, como resultado de políticas públicas y leyes tendientes a la unificación del territorio austral de Chile y a la ocupación de los territorios despoblados en esas zonas, se inició un proceso de colonización por parte de inmigrantes alemanes, suecos e italianos coordinados por el Estado chileno. El objetivo era atraer profesionales y artesanos a trabajar en estas tierras y mejorar la raza biológica, a través de procesos de inmigración selectiva.

Con posterioridad a los periodos de colonización y durante la dictadura militar, el flujo migratorio hacia Chile se ve estancado a través de la implementación de políticas restrictivas y de seguridad en contra de los inmigrantes mediante la dictación del Decreto ley N.º 1.094 en 1975, cuyo propósito era impedir el ingreso de aquellos extranjeros que propagasen ideas contrarias al régimen militar imperante en la época. Con el retorno a la democracia en 1990, Chile se consolida como un destino atractivo para las migraciones debido a su desarrollo y estabilidad económica y social, posicionándolo como uno de los principales destinos de América Latina[6]. Un ejemplo de ello son las cifras macroeconómicas: un PIB cercano al de países desarrollados, una inflación razonablemente estable y un mercado laboral cuya tasa de desocupación pareciera encontrarse cercana al pleno empleo. Todo esto sumado, además, a factores externos

[4]KNOWLES, Valerie. *Strangers at our gates. Canadian Immigration and Immigration Policy, 1540 -2006*. Toronto: DunDurn Press, 2007, p. 17. *Among these early waves of immigrants were merchants, professional men, and some landless nobles, for whom the alluring prospect of a seigneury in Canada more than compensated for the anticipated rigors of a long, rough voyage across the Atlantic. There were also skilled workers such as blacksmiths, coopers, joiners, and carpenters, some of whom may have succumbed to the powerful propaganda of the Jesuits, who attempted to recruit settlers for the colony by advertising its attractions in their 'Relations' (a series of annual reports complied by Jesuit missionaries in New France and sent, between 1632 and 1672, to their Paris office)*

[5] BRAVO, G. y NORAMBUENA, C. op.cit., p.30.

[6] STEFONI Carolina y CONTRERAS, Dante. "Situación migratoria en Chile: tendencias y respuestas de política en el periodo 2001-2021", en *Serie de documentos de política pública* [en línea], no.32. New York: PNUD América Latina y el Caribe, 2022. Disponible en https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-11/PNUDLAC-working-paper-32-Chile-ES.pdf [consulta: 18 de mayo de 2023]; COLMENARES, Neida y ABARCA, Karelys. "La migración a nivel local en Chile. Desafíos, demandas y políticas en tiempo de pandemias", en *Si somos americanos, Revista de Estudios Transfronterizos,* vol. 22, no.1. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad Arturo Prat, 2022, pp. 164 -192.

como la crisis económica que vivieron algunos países en Europa y las misiones de fuerza de paz en Haití que abrieron nuevos canales migratorios, consolidando el factor étnico como desafío para la institucionalidad del sector.[7]

De acuerdo a la última estimación de personas extranjeras residentes habituales de Chile[8], a partir de los datos recopilados por el INE (Instituto Nacional de Estadísticas) y el SERNAMIG (Servicio Nacional de Migraciones) al 31 de diciembre de 2022, en nuestro país viven de manera habitual 1.625.074 personas extranjeras residentes. Respecto a lo estimado para el año 2022, el 31,5% proviene de Venezuela, el 16% de Perú, el 11, 8% de Colombia y el 12,2% de Haití[9].

Desde la perspectiva jurídico constitucional chilena, el análisis de la existencia de un eventual estatuto constitucional de las personas extranjeras se justifica en consideración a una serie de dificultades concretas que se manifiestan tanto en el diseño como en la implementación de la institucionalidad migratoria vigente en nuestro país, que redundan en un inferior estándar de protección de los derechos de las personas inmigrantes[10].

Aun cuando la Constitución chilena no se refiere explícitamente al fenómeno de la migración —salvo en el caso del art. 19 N.º 7 literal c) que permite detener a un extranjero sujeto a expulsiones administrativas hasta por 5 días corridos (precepto modificado en mayo de 2023)— es posible desprender de su articulado una garantía genérica de igualdad tanto en la titularidad de derechos como en su ejercicio, a partir del propio encabezado del artículo 19 "La Constitución asegura a todas las personas". Se trata de una titularidad

[7] BASSA, Jaime y TORRES Fernanda. "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios". En *Estudios Constitucionales,* Año 13, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2015, p. 104.
[8] SERNAMIG. "Estimación de extranjeros en Chile", en *Servicio Nacional de Migraciones* [en línea]. 2023. Disponible en https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/estimaciones-de-extranjeros/ [Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2023]En este estudio, se define por persona extranjera residente a aquellas nacidas en el extranjero (Censo 2017) o que no tienen nacionalidad en Chile o que han solicitado un permiso de residencia en el país.
[9] SERNAMIG. "Estimación de extranjeros en Chile", en *Servicio Nacional de Migraciones* [en línea]. 2023. Disponible en https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/estimaciones-de-extranjeros/ [Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2023] En este estudio, se define por persona extranjera residente a aquellas nacidas en el extranjero (Censo 2017) o que no tienen nacionalidad en Chile o que han solicitado un permiso de residencia en el país.
[10] CRIADO, María Jesús. "Derechos ciudadanos y migración en perspectiva comparada. Tendencias y cambios recientes", en *Migraciones Internacionales*, vol. N° 4, 2008, pp. 174-208.

genérica en virtud de la que podríamos deducir que la Carta chilena "no sólo no discrimina contra los extranjeros, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente"[11].

No obstante, la legislación chilena que regulaba los procedimientos de admisión y expulsión de las personas extranjeras era el Decreto Ley N.º 1.094, promulgado en 1975. Como gran parte de la normativa chilena promulgada entre 1973 y 1990, fue modificada parcialmente desde el retorno de los gobiernos democráticos, pero sin cambios significativos. Dicha normativa era sostenida sobre la base de fundamentos teóricos incompatibles con la perspectiva de derechos humanos (especialmente dada la vigencia de la doctrina de la seguridad nacional) al concebir al inmigrante como una amenaza a la seguridad interior del Estado.

A menos de dos años del golpe de Estado, el régimen militar buscó controlar el tránsito de personas a través de sus fronteras: tanto de los ciudadanos que salían del país (voluntariamente o de manera forzada) como de quienes ingresaban. Este control acérrimo de las fronteras explica las amplias atribuciones de la autoridad administrativa para autorizar o rechazar el ingreso de extranjeros al país, así como para aplicar sanciones de expulsión (incluso ante la comisión de delitos comunes, con independencia de la respectiva sanción penal), las cuales fueron ampliadas posteriormente mediante la dictación del Reglamento de Extranjería en el año 1984.

Esta normativa no contemplaba ninguna regulación relativa a la titularidad o al ejercicio de los derechos de las personas inmigrantes. De hecho, no hay mención alguna a la forma en que el ordenamiento jurídico garantizaría el ejercicio de los derechos constitucionales (cabe recordar que el D.L N.º 1.094 fue redactado antes de la aprobación de la Constitución de 1980). Tampoco existía referencia a aquellos derechos vinculados más estrechamente con las condiciones materiales de vida (tales como vivienda, salud, educación o trabajo) o con su especial situación de colectivo vulnerable.

Sin perjuicio que, en el año 2021, fue aprobada la nueva Ley de Migración y Extranjera N.º 21235, la cual entró en vigencia una vez publicado su reglamento en 2022[12], su

[11] Tribunal Constitucional, Rol N° 2273-2012-INA, de 4 de julio de 2013, C. 29°.
[12] Ley Nº 21.235, Ley de Migración y Extranjería en su Disposición Transitoria Undécima señala expresamente que la Ley entrará en vigor una vez publicado su Reglamento. Esta normativa fue publicada

aplicación y jurisprudencia resulta insuficiente para una comprensión global del fenómeno de las migraciones en Chile. Cabe señalar que esta ley, aun cuando en su articulado reconoce la titularidad de algunos derechos de las personas migrantes, el efectivo reconocimiento y ejercicio de estos no ha podido ser comprobado en sede judicial[13].

Esta situación, en conjunto a la presentación y actual tramitación de 17 proyectos de ley en el Congreso Nacional que modifican dicha normativa, que fortalecen los controles fronterizos, aceleran los procedimientos de expulsión, y criminalizan al inmigrante en situación irregular[14], permitirían afirmar que, *a priori*, el reconocimiento de derechos fundamentales es más aparente que real.

En virtud de lo anterior, esta investigación dedicará su estudio, en el marco constitucional de las personas extranjeras en el país, analizando solamente la jurisprudencia en materia de acciones constitucionales desde el año 2010 hasta el año 2021, cuyo marco normativo era el D.L N.º 1.094 de 1975, vigente hasta esa fecha.

En este contexto, podemos identificar al derecho migratorio y de extranjería como una rama específica de las ciencias jurídicas, fundamentada en el derecho constitucional y el derecho internacional. Su objetivo principal es establecer un marco jurídico que regule la situación de las personas migrantes, abarcando no solo los aspectos relativos a su ingreso, permanencia y salida de un Estado, sino también el reconocimiento de su condición como titulares de derechos fundamentales, así como las condiciones y requisitos para el ejercicio de estos derechos.

El problema surge al observar que, si bien el derecho internacional reconoce la soberanía de cada Estado para determinar las condiciones de entrada y permanencia en su territorio, dicha soberanía se encuentra limitada por dos principios: el de legalidad y el de igualdad

el 12 de febrero de 2022 mediante el Decreto Nº 296 del Ministerio del Interior y Seguridad Publica de Chile.

[13] La mayoría de las acciones constitucionales tuvieron por efecto frenar las masivas expulsiones colectivas de inmigrantes del llamado "Plan Colchane", obligar a DEM a resolver las solicitudes de permiso de permanencia definitiva que estaban desde el año 2018 sin pronunciamiento, y resolver aquellas cuestiones vinculadas al proceso especial de regularización establecido en la Resolución Exenta Nº 1.965 de 9 de abril de 2018 de la Subsecretaría del Interior.

[14] Actualmente existen 17 Proyectos de Ley que modifican la ley Nº 21.325. Disponible en https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/proyectos_ley.aspx [consulta: 17 de abril de 2024]

ante la ley. Esta situación genera una tensión entre el ordenamiento jurídico interno de los Estados y las normas internacionales; la que impacta, en mayor o menor medida, el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en los Estados de destino.

De esta manera, surge la necesidad de construir un constitucionalismo democrático basado en el principio de que el poder político reside en el pueblo, es decir, en el conjunto de todas las personas titulares de derechos políticos, sin exclusión ni preferencia. Este enfoque, vinculado a los derechos fundamentales, cobra especial relevancia en el análisis del derecho migratorio y de extranjería. La Constitución, en su papel de garante de derechos, debe incluir a las personas migrantes dentro de ese conjunto de titulares de derechos, y su estatuto jurídico no puede estar condicionado únicamente a los aspectos de entrada, permanencia o salida de un Estado, sino también al reconocimiento efectivo de sus derechos fundamentales.

La tensión que surge entre la soberanía de los Estados y las obligaciones internacionales, particularmente en lo que respecta al principio de igualdad ante la ley y el respeto a los derechos fundamentales, es un desafío central para el derecho migratorio y de extranjería. El constitucionalismo democrático exige un equilibrio entre la regulación estatal de la migración y la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, incluidas las extranjeras, en consonancia con el orden jurídico internacional.

Desde la perspectiva del constitucionalismo latinoamericano, resulta particularmente interesante la relación entre este y los procesos migratorios en la región. Tras la independencia de la corona española, la adopción de la República como forma de gobierno fue un elemento clave en los movimientos revolucionarios de América Latina.[15]

Este proceso comenzó en la primera década del siglo XIX y se consolidó a lo largo del siglo XX, para culminar con el surgimiento del "nuevo constitucionalismo latinoamericano"[16]. Esta corriente constitucional asume con seriedad la multiculturalidad,

[15] GROSS, Héctor. “Nuevas tendencias del constitucionalismo latinoamericano”, en CARBONELL, Miguel, editor. *Tendencias del constitucionalismo iberoamericano.* Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2009, p. 147.

[16] GARGARELLA, ROBERTO. “Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista Uruguaya de Ciencias Política, v*ol. 27, no.1. Montevideo: ICP, 2018, p. 110. Para Gargarella el A partir

una realidad profundamente distinta a la que se observa en Europa. Mientras que en el hemisferio norte la multiculturalidad está relacionada con procesos migratorios y convivencias multiétnicas relativamente recientes, en América Latina se vincula más estrechamente con el legado colonial y la coexistencia de pueblos originarios, afrodescendientes y migrantes[17].

El "nuevo constitucionalismo latinoamericano" hace referencia a una serie de constituciones que no solo responden a un ejercicio popular y democrático del poder constituyente, sino que además reconocen con mayor amplitud los derechos de las personas migrantes. Este enfoque está alineado con la inclusión de los extranjeros como titulares de derechos fundamentales, lo que constituye un avance significativo en comparación con las tradiciones jurídicas anteriores, que limitaban estos derechos en función de la ciudadanía.

La vinculación entre este nuevo constitucionalismo y el derecho migratorio es clave para comprender el enfoque latinoamericano respecto a los derechos de los migrantes. Mientras que en Europa la migración es vista a menudo como un desafío reciente para el constitucionalismo, en América Latina la inclusión y el reconocimiento de derechos a personas extranjeras son parte de un proceso histórico más amplio de integración de poblaciones diversas. Este enfoque constitucional se alinea con el principio democrático que concibe que el poder político reside en el pueblo, entendido en un sentido amplio y no restrictivo. Esto exige que los migrantes no sean vistos únicamente bajo el prisma de su estatus migratorio, sino como titulares plenos de derechos fundamentales, en línea con las obligaciones internacionales y los principios de igualdad ante la ley.

Así, este marco teórico se entrelaza con el análisis del derecho migratorio y de extranjería, ya que tanto el nuevo constitucionalismo latinoamericano como los principios del

---

de la aprobación de las Constituciones de Colombia (1991); Venezuela (1999); Ecuador (2008) y Bolivia (2009), se suele hablar de la existencia de un "nuevo constitucionalismo latinoamericano". Sin embargo, cabe destacar como el llamado "nuevo constitucionalismo" es demasiado parecido a lo que ya existía.

[17] Para la autora peruana Raquel Yrigoyen el pluralismo jurídico o el llamado horizonte pluralista culmina en el proceso de descolonización. La prueba está que en el pluralismo supone el reconocimiento de autoridades derechos consuetudinario y jurisdicción indígena en el marco del reconocimiento de los pueblos con igualdad dignidad y derechos que no están sujetos a la tutela colonial. Véase TÓRTORA Hugo. "El carácter descolonizador como rasgo material del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en GAJARDO Jaime y ZÚÑIGA Francisco, coords., *Constitucionalismo y procesos constituyentes. Una revisión crítica al nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Vol.2*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2019, p. 49.

constitucionalismo democrático reconocen la necesidad de garantizar los derechos fundamentales a todas las personas, independientemente de su nacionalidad. Esto contribuyen a la construcción de un orden jurídico más inclusivo y respetuoso de los derechos humanos.

La presente investigación denominada "Titularidad y ejercicio de derechos fundamentales de las personas extranjeras. Un estudio entre Chile y España", tiene por objeto señalar las causas de la falta de reconocimiento del inmigrante como sujeto titular de derechos fundamentales en Chile. Aun cuando la cláusula genérica de titularidad en la CPR se encuentra establecida en clave de igualdad, esta pareciera ser insuficiente para la configuración del estatuto constitucional del extranjero en el país.

La hipótesis planteada considera que el paradigma jurídico moderno carece de las herramientas teóricas constitucionales necesarias para garantizar la titularidad de derechos fundamentales de las personas inmigrantes.

En clave de pregunta, ¿existen, en el ordenamiento constitucional chileno, elementos suficientes para sostener la existencia de la titularidad de derechos de las personas extranjeras en igualdad de condiciones que las nacionales?

Una efectiva protección y garantía de los derechos de las personas inmigrantes de este colectivo requiere de una revisión crítica de la condición de extranjero como sujeto titular de derechos fundamentales, especialmente atendiendo a su evolución constitucional y legislativa, en conjunto a la aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación por parte de los órganos del Estado.

Esta investigación toma la Constitución española de 1978 y su titularidad específica expresada en el artículo 13.1 CE, así como la interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional Español, como marco referencial de un reconocimiento en mayor o menor grado de igualdad entre nacionales y extranjeros y como la configuración internacional del derecho europeo ha influido en la construcción del estatuto del inmigrante en España.

Para efectos de este trabajo se recurrirá al término de «extranjeros» o «persona extranjera» para hacer referencia al sujeto titular de derechos fundamentales. Esta categorización

resulta relevante al realizar el análisis normativo tanto chileno como español, ya que los textos constitucionales aludidos no se refieren a «inmigrantes», sino solo a «extranjeros». Esta elección conceptual conlleva necesariamente la omisión de otras circunstancias migratorias específicas y se limita a solo distinguir entre quienes son nacionales y quienes son extranjeros al momento de especificar derechos y establecer limitaciones en el ejercicio de alguno de estos[18] para distinguir efectivamente los regímenes de titularidades consagrados en las cartas fundamentales de cada país.

Asimismo, esta investigación centrará su estudio exclusivamente en la titularidad de las personas extranjeras; sin analizar, dado el volumen y especificidad de las materias, otras formas de movilidad humana tales como el refugio, el asilo, la apatridia, la niñez migrante, la trata de personas, los flujos mixtos, entre otros.

Desde la perspectiva chilena, el D.L. N.º 1.094 de 1975 reemplazó el uso de la categoría «migrante» por la de «extranjero», con el objeto de alejar el significado tradicional de migrante, vinculado a los procesos de colonización y poblamiento en el sur de Chile, e instalar un nuevo referente vinculado a la peligrosidad[19].

La antigua concepción de migración, vinculada a la voluntariedad de trasladarse de un lugar a otro, resulta compleja de sostener hoy en día. En atención a las múltiples variables que pueden generar la necesidad de emigrar (como factores económicos, medioambientales, familiares entre otros), cobra fuerza el concepto de "migración forzosa"[20]. Esto complejiza la tarea de definir el tipo de migración en cada caso particular, dadas las múltiples y variadas formas que esta puede adoptar. [21.]

[18] CASTILLA, Karlos. "Las personas migrantes extranjeras en los textos constitucionales de América". En *Constitución y minorías,* Derecho Global Editores, México, p. 472.
[19] STEFONI, Carolina. "Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante." En FELDMAN-BIANCO Bela, *et. al* (coords.) *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías.* FALCSO Serie Foro; CLACSO Colección Catedra Iberoamericana de Estudios sobre Migraciones, 2011, p, 89.
[20] En el plano internacional, el uso del concepto de "migración forzosa" ha sido objeto de debate debido al reconocimiento generalizado de que existe un espectro continuo de agentes, y no así una dicotomía "voluntario/ forzoso", y de que su empleo podría socavar el régimen jurídico de protección internacional existente. IOM's GMDAC. "Tipos de migración. Migración forzosa o desplazamiento forzoso", en: *Portal de datos sobre migración* [en línea]. 2023. Disponible en: https://www.migrationdataportal.org/es/themes/migracion-forzosa-o-desplazamiento-forzoso [consulta: 18 de mayo de 2023]
[21]MICOLTA, Amparo. "Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales." En *Trabajo Social,* Universidad Nacional de Colombia, Nº 7, 2015, p. 60.

En lo que respecta a la discusión principal de esta tesis, la titularidad ha sido entendida tradicionalmente como un atributo del que gozan las personas naturales. Su fundamento radica en la dignidad humana, aun cuando actualmente la titularidad de derechos ha evolucionado a otras categorías de sujetos: como las personas jurídicas, los entes morales o los animales. Esta ampliación es relativamente reciente y excepcional, explicada por la razón de tutela del derecho constitucional a los espacios de autonomía de los individuos que se congregan para alcanzar colectivamente sus propios fines de autorrealización o a otras categorías de seres vivos no humanos.

La realidad jurídica de la titularidad de los derechos fundamentales se intensifica si se trata de una persona extranjera, afectando las condiciones materiales para el ejercicio de sus derechos, independiente de su estatus migratorio en el Estado de destino. Esto significa enfrentar una concepción de universalidad a una comunidad o grupo cada vez más heterogéneo, complejo y plural: factores que, en el caso de las personas extranjeras, se ven acentuados por el aumento de los flujos migratorios propios de la movilidad humana.

Desde la óptica nacional, la configuración de esta realidad migratoria, en consideración de sus dimensiones sociales, económicas y culturales, viene dada por el aumento de los flujos migratorios. Esto plantea un desafío evidente y necesario para la institucionalidad migratoria en nuestro país y el sistema de protección de derechos fundamentales de las personas migrantes.

Cuando se discute sobre el sistema de protección de derechos humanos desde esta perspectiva, no se valora ni se incorpora la contingencia propia de cada época, ni la realidad de estos grupos migrantes. Esto genera, en consecuencia, ordenamientos jurídicos que carecen de la legitimidad suficiente (emanada de parte de todos los miembros de una sociedad) y excluye a otros: ya sea por considerarlos propios de una categoría inferior o o por menosprecio de su condición de vulnerabilidad.

Lo anteriormente expuesto permite comprender la relevancia y factibilidad de ejecución de esta investigación en el ámbito nacional; toda vez que, actualmente en Chile, las migraciones y la categoría de extranjero como sujeto titular de derechos fundamentales no han sido desarrolladas ni tratadas por el derecho.

Otras ramas de las ciencias sociales (como la sociología, la filosofía o geografía, entre otras) se han preocupado del fenómeno de los flujos migratorios, la importancia del reconocimiento del migrante como sujeto titular y el impacto que la movilidad humana genera en la génesis de las sociedades, comunidades y Estados. La urgencia de revisar el concepto o categoría de inmigrante es evidente. A la discusión en el derecho sobre la problemática de la igualdad ante la ley y la titularidad de derechos, se deben sumar los nuevos desafíos de las personas extranjeras en sus procesos migratorios y las problemáticas que puedan surgir en su proceso de integración en los Estados de acogida.

Un estudio novedoso desde el derecho permitiría, a su vez, una nueva estructuración del derecho migratorio; ya no sólo como derecho de extranjería (es decir sistema de visados: permisos y salidas de los extranjeros dentro y fuera de un territorio, muy circunscrito al derecho administrativo), sino configurando sus elementos clave; de manera que permitan el desarrollo, en una sociedad cada vez más heterogénea, de una aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación.

Para comprender los marcos de la titularidad de derechos se revisará, a modo de ejemplo, el modelo constitucional español; a efectos de comparar las soluciones constitucionales, legislativas y jurisprudenciales efectuadas en ese Estado para construir una titularidad de los derechos de los inmigrantes. La referencia al modelo español radica en que dicho Estado es un país receptor de un gran porcentaje de población latina y específicamente chilena, dada su tradición y vinculación durante la época colonial, la guerra civil española y posteriormente en la dictadura militar de Chile de 1973.[22]

Esta investigación se estructura en 4 capítulos. Los dos primeros son relativos a los sistemas constitucionales de Chile y España y los dos últimos a un análisis, a nivel internacional, tanto del sistema universal de derechos humanos como de los sistemas regionales, específicamente el americano y europeo.

[22] De acuerdo con los últimos registros del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, España posee alrededor de 10,21% de chilenos y chilenas que viven en el exterior. Datos disponibles en https://www.chile.gob.cl/chile/revisa-los-resultados-del-segundo-registro-de-chilenos-en-el-exterior [Fecha de la consulta: 5 de marzo de 2024]

La justificación de iniciar este estudio con el análisis constitucional responde principalmente al papel e importancia de las constituciones dentro del sistema de fuentes del derecho. Dentro del sistema constitucional español, el derecho internacional ha tenido un reconocimiento relevante en términos de su aplicación de las normas dentro del ordenamiento interno y a su vez como canon interpretativo.

En cambio, en el sistema constitucional chileno, el reconocimiento del derecho internacional ha sido tardío y confuso. El texto constitucional de 1980 no contempla normas relativas a la jerarquía de los tratados internacionales frente a las normas de derecho interno. La cláusula de habilitación contemplada en el art. 5.º inc. 2.º de la CPR permitiría deducir la ampliación del catálogo de derechos fundamentales y el respeto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en la comunidad internacional, mas no la construcción de titularidades de derechos fundamentales.

Cabe recordar que el derecho internacional reconoce el principio soberano que tienen los Estados de determinar quiénes son los titulares de los derechos que establezcan y la forma en que pueden ejercerlos.

De ahí surge la necesidad de iniciar y centrar esta investigación en el nivel constitucional, en tanto se comprende que la Constitución, como norma fundamental del sistema normativo, ordena y regula no sólo la relación del poder con los ciudadanos, sino que también determina quienes pertenecen a esta sociedad, los derechos que les son reconocidos, como los ejercen, e incluso quienes pueden estar incluidos o excluidos de dicho reconocimiento.

El Capítulo I, denominado «El modelo chileno de titularidad y ejercicio de derechos fundamentales», en su primera parte, realiza un análisis historiográfico de la figura del extranjero, desde la primera norma de carácter constitucional en nuestro país durante las manifestaciones de independencia de la corona española, hasta el primer proceso constitucional de Chile en el año 2020[23]. La necesidad la revisión histórica de los derechos, a lo largo de esta investigación, es uno de los requisitos necesarios para entender

[23] El Segundo Proceso Constitucional de Chile se inicia el 6 de marzo de 2023 y culmina el 7 de noviembre de 2023 con una nueva propuesta de texto constitucional que fue rechazada en 17 de noviembre del mismo año mediante un plebiscito.

tanto el sentido actual de los derechos como las claves principales de su evolución jurídica.

Desde sus inicios como república, Chile ha tenido una política migratoria de carácter selectivo y, en varios momentos de su historia, restrictiva; lo que determinó que tanto la política estatal como su normativa fuera a veces confusa y contradictoria.

Esto resulta vital para esta investigación. Mientras las cartas fundamentales, desde el año 1811 a la fecha, establecieron claúsulas genéricas de igualdad que consideraban un migrante privilegiado y oligárquico, similar al «hombre blanco propietario», las leyes migratorias mutaron en otra dimensión: vinculadas a procesos de colonización de tierras en el sur del país, mejoramiento de la raza y seguridad del Estado, considerando al inmigrante como un elemento indeseado e incluso criminalizando las migraciones.

Posteriormente, el Capítulo I continúa con el estudio de la carta fundamental chilena y su regla de titularidad, así como los reconocimientos a nivel constitucional y legal del extranjero. Se aborda, además, la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y los Tribunales Superiores de Justicia.

En el Capítulo II, titulado «España y el modelo de titularidad selectiva y de ejercicio de derechos fundamentales», el reconocimiento de los extranjeros como titulares de derechos fundamentales es revisado tanto desde una perspectiva constitucional como legal. Este apartado realiza una breve referencia histórica constitucional, resaltando la importancia e influencia del derecho internacional en el derecho interno (con énfasis en el derecho comunitario) e indicando como instituciones constitucionales, como la reserva legal y la interpretación constitucional, repercuten en un mayor o menos estándar de protección de los derechos reconocidos a las personas extranjeras. Toda esta revisión se realiza a la luz de la evolución jurisprudencial que ha desarrollado el Tribunal Constitucional en la materia.

El Capítulo III, denominado «Titularidades fragmentadas en el derecho internacional», presenta una revisión de la historia de los derechos humanos en el derecho internacional para comprender las distintas formas de reconocimiento de titularidades de las personas extranjeras y su vinculación en la construcción de la sociedad internacional.

Así, en el derecho internacional, el nacimiento de los derechos humanos y sus características (en particular la de universalidad) ha establecido un sujeto genérico de titularidad que no contempla las condiciones materiales específicas que engloban a las personas extranjeras.

Aun cuando algunos tratados internacionales consagran «derechos universales para todas las personas sin distinción alguna», el reconocimiento y protección de las personas extranjeras está dividido en diversos instrumentos internacionales en atención a diferentes factores, como su estatus migratorio o su nacionalidad. Este reconocimiento fragmentado, como se verá más adelante, más que establecer un reconocimiento de la titularidad de derechos de las personas migrantes deviene, en algunos casos, en una desigualdad de trato de las personas extranjeras entre los nacionales de un Estado.

Finalmente, el Capítulo IV, titulado «Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos», busca confrontar dos modelos específicos de protección de derechos y como estos han construido la titularidad y el ejercicio de derechos de las personas extranjeras. Para este propósito, esta sección se centrará en el estudio del Sistema Europeo de Protección de Derecho Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El estudio de ambos sistemas se justifica en el impacto que tienen en el reconocimiento de derechos a las personas migrantes en los Estados de destino. El Sistema Europeo de Derechos Humanos contiene un catálogo reducido de derechos reconocidos a los extranjeros en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y cuenta con una amplia jurisprudencia en la materia. Por otro lado, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce una gran cantidad de derechos humanos a los extranjeros y, además, toma como base el principio de igualdad y no discriminación. Sin embargo, lo engorroso de su procedimiento y acceso hace que la jurisprudencia relativa a extranjeros sea escasa.

El reconocimiento a nivel internacional y regional de la titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros en los países de destino permite determinar el margen de protección que tienen las personas extranjeras en los distintos países. Pero este margen muchas veces no es replicado en el derecho interno de manera universal, como sucede con los instrumentos internacionales.

Por lo tanto, la presente investigación intentará dar luces respecto a los estándares de protección de derechos y su reconocimiento como titulares de los mismos, a efecto de establecer y configurar el Estatuto constitucional de las personas extranjeras.

CAPITULO I:
EL MODELO CHILENO DE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

I. Antecedentes constitucionales y legales respecto a la titularidad de derechos por los extranjeros

El modelo constitucional chileno ha seguido la tendencia kelseniana de primacía de la Constitución como norma jurídica y social por sobre la Ley. Esto responde, principalmente, a la tradición del modelo español monárquico, el cual influye posteriormente en la construcción de la figura del Presidente de la República y deviene en la creación, en Chile, de un presidencialismo "cesarista" o "monárquico", dada las amplias facultades que el poder ejecutivo concentra y las prerrogativas que el presidente posee en materia legislativa, tal como si fuera un rey. Dicho modelo de gobierno ha sido denominado "presidencialismo latinoamericano"[24].

Este diseño de organización ejecutiva ha determinado no sólo el modelo de gobierno sino también la estructura del Estado y su vinculación con la Constitución, incidiendo directamente en el sistema de derechos fundamentales de las personas que se encuentren bajo dicho modelo constitucional.

1. Primera etapa: la gestación del orden constitucional (1811 a 1833)

En esta etapa, nacen los primeros ensayos de organización constitucional de tipo provisoria, como un intento serio de constituir un gobierno nacional[25]. Estos reglamentos se van perfeccionando de a poco, acercándose más a lo que debería ser una Constitución[26].

[24] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa", en *Estudios Constitucionales*. 2017. Año 15, no. 2, p. 18.
[25] CAMPOS HARRIET, Fernando. *Historia constitucional de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 325.
[26] Aquí fueron importantísimas la figura de la Constitución española de 1812 y el ejemplo de las Cortes de Cádiz sobre la soberanía nacional; además de las influencias francesa (1791) y norteamericana (1802 - 1826).

En los inicios del proceso emancipatorio, el número de extranjeros no españoles residentes en el país no superaba las 100 personas[27], y a pesar de que las autoridades de la época pusieron en movimiento diversos planes para poblar zonas extensas y desiertas del país para la nueva república, no tuvieron el resultado esperado[28].

Chile, como colonia americana de España, dependía del virreinato del Perú[29]. Su configuración administrativa era la de una "capitanía general"[30], también conocida como «Reino de Chile», cuyo propósito era actuar como organismo jurisdiccional del imperio español componiéndose de dos provincias: la de Santiago y la de Concepción. Durante este tiempo, Chile estuvo bajo el control colonial del Reino de España. Estas colonias construidas desde la metrópoli, tenían como finalidad lograr la subordinación de los territorios coloniales, pero se vieron enfrentadas al mestizaje y a la lucha de los pueblos originarios en contra de la dominación española.

Este dominio español sobre las colonias americanas se vio alterado por las consecuencias que tuvo la invasión napoleónica a la península Ibérica en 1808. El triunfo de las tropas napoleónicas y la abdicación de Fernando VII derivó en la designación de José Bonaparte como Rey de España y de las Indias. La invasión francesa, junto con el estallido de la revolución liberal, trajo consigo una época de gran inestabilidad que derivó en la debilidad de España como imperio. Para las colonias españolas, la transformación de las estructuras de poder trascendió al ámbito de la gobernanza monárquica y rápidamente

[27] LARA ESCALONA, María Daniela. "Evolución de la legislación migratoria en Chile. Claves para una lectura (1824-2013)", en *Revista de Historia del Derecho*. 2014. No. 47, p. 63.
[28] A modo de ejemplo, en el año 1811, José Miguel Carrera propuso la traída de inmigrantes irlandeses para que colaborasen con la defensa del territorio, mientras que Bernardo O'Higgins aprobó dos decretos para que apoyasen la llegada de colonos suizos e ingleses, los cuales ambos fracasaron[28].
[29] Los virreinatos eran una figura de administración que existía en las colonias americanas, introducida por parte de la corona de Castilla e impuesto junto a otra exigencia a las capitulaciones de Santa Fe como una representación propia del Rey en el territorio colonizado. O'DONELL Y DUQUE DE ESTRADA, Hugo. "Origen y creación de los virreinatos". En: INSTITUTO DE HISTORIA Y CULTURA NAVAL, *XXV Jornadas de Historia Marítima. Los viyerres marinos de la América hispana*. Madrid: Instituto de Historia y Cultura Naval, pp. 12 y ss.
[30] O'DONELL, H., op. cit., pp. 14 y ss. La Capitanía general era un sistema de Gobernación en manos de funcionarios bajo la dependencia directa de la Corona o bien de los jefes de expediciones dotados de patentes confirmadas posteriormente surgiendo diversos títulos de Gobierno como gobernador y capitán general gobernador de Justicia mayor entre otros que ejercen funciones por delegación real dentro de sus provincias. Su carácter es más bien militar y de conquista-defensa. Cfr. L'HISTORIA. "Capitanía General de Chile". En: *L'Historia* [en línea]. Disponible en: https://www.lhistoria.com/america/capitania-general-de-chile [consulta: 22 de abril 2022]

derivó hacia una cuestión más compleja: ¿debía el imperio español continuar existiendo ahora que la cabeza administrativa del mismo había desaparecido?[31].

Estas estructuras de administración colonial se coordinaron rápidamente para tomar acuerdo en cuanto a su mandato, desconociendo la figura y autoridad de José Bonaparte como Rey de España y de las Indias y jurando fidelidad a Fernando VII.

En Chile, fue celebrado un cabildo abierto en el cual se organizó el primer Gobierno nacional el 18 de septiembre de 1810. El objeto de la celebración de este cabildo era establecer una junta de gobierno que debía gobernar el país en representación de Fernando VII mientras el monarca permaneciera lejos del trono que legítimamente le pertenecía, jurándole fidelidad en todo momento[32].

Aunque la labor de la Junta de Gobierno no fue extensa, dos de sus medidas tuvieron una importancia trascendental para el proceso emancipatorio del país. La primera de ellas fue la convocatoria de un Congreso[33], donde se generó una estructura de gobierno independiente y un primer indicio de separación de poderes, aun cuando la intención no era la independencia de la corona española, sino que instaurar un régimen temporal de gobierno mientras estuviese en cautiverio el Rey Fernando VII[34]. La segunda de ellas fue

[31] OSSA SANTA CRUZ, José Luis. "Revolución y constitucionalismo en Chile 1810 -1814", en *Revista de Historia Iberoamericana*. 2012. Vol. 5, no. 1, p. 3.

[32] CAMPOS, F., op. cit., pp.90 y ss. Este cabildo no tuvo el carácter democrático que tenían los cabildos abiertos en el antiguo régimen castellano, en que todos los vecinos eran llamados para discutir y resolver sobre algún asunto de importancia sino coordinar y establecer el gobierno del territorio mientras Fernando VII estuviese fuera del trono

[33] El Congreso Nacional fue convocado con el objetivo de decidir qué tipo de gobierno debería darse en Chile a la espera del retorno de Fernando VII. Este Congreso estaba compuesto por las tres fuerzas políticas representativas de la época[33]. El Congreso unicameral se reunió el 4 de julio de 1811, en el mismo aniversario de la independencia de Estados Unidos, como homenaje al primer país independiente de América. La obra más importante de este Congreso fue la creación de una Corte de Justicia con funciones jurisdiccionales, integrada con abogados de filiación moderada, en reemplazo de la fenecida Audiencia, que era el tribunal jurisdiccional establecido para las colonias americanas. Tres corrientes distintas dividían en aquella época la opinión del país. En primer lugar, la corriente de los sectarios absolutos de España compuesta, en general, de españoles avecindados en el país y encabezada por la Audiencia, partido al que se le denominó "de los godos o sarracenos". En segundo lugar, la corriente de los pelucones que alistó a la mayoría de la aristocracia criolla del país; partido al que se denominó de los pelucones carlotinos porque se les suponía partidarios de la sujeción a la corte del Brasil en el nombre de la princesa Carlota Joaquina de Borbón, hermana de Fernando VII y esposa del destronado Rey de Portugal (este bando alistaba a muchos patriotas aún no decididos a romper con la metrópoli). En tercer lugar, la corriente de los insurgentes o patriotas: partido revolucionario puro cuya bandera era la emancipación de España. CAMPOS, F., op. cit., pp.94 y ss.

[34] En ningún caso podría decirse que en esta época el pueblo ha asumido el poder constituyente. El acta declara formalmente que la Junta de Gobierno que ha elegido del pueblo jura su lealtad Fernando VII. Se

el reconocimiento de dos derechos individuales en clave de libertad, que introducen elementos propios del liberalismo: la libertad de comercio establecida el 21 de febrero de 1811[35], y la libertad de vientres, el 11 de octubre de 1811, en la que se reconoció que todos los hijos e hijas de esclavos nacidos en Chile quedaban automáticamente libres al nacer[36]. La idea de una emancipación absoluta se abre paso lenta y laboriosamente durante los cuatro años siguientes a la "patria vieja"[37], por lo que esta etapa es conocida también como una revolución civil[38].

1.1. Los reglamentos constitucionales provisorios

En cuanto al origen de algún texto de orden institucional, el Reglamento Constitucional de 1811 se instala como el primer antecedente. Este reglamento omitía la existencia de un Poder Judicial y de derechos y garantías individuales, por lo que no hace referencia alguna a sujetos titulares. La naturaleza del Reglamento de 1811 era de carta otorgada[39].

---

trata, por lo tanto, de un Gobierno provisional que reconoce y afirma la legitimidad monárquica y que busca nuevas formas de organizar el poder. RUIZ TAGLE, P., op. cit., pp.43-44.

[35] La libertad de comercio fue una medida muy acertada y eficaz, ya que en pocos meses cambió la faz social de Chile y cuadruplicó los ingresos fiscales. CAMPOS, F., op. cit., p. 92.

[36] Sobre la abolición de la esclavitud negra en Chile véase: BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. "La abolición de la esclavitud negra en Chile", en Memoria Chilena [en línea]. s/f. Disponible en: http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-95115.html [consulta: 28 de julio de 2022]

[37] CAMPOS, F., op. cit., p. 325. La historia constitucional de Chile propiamente dicha comienza con la patria vieja. No es que tres siglos de Colonia en Chile sean una página en blanco; de ningún modo: en ellos se preparó lo que vino después. Es que la historia de esos siglos no fue escrita por chilenos; fue la voluntad de España la que dominó. En un mismo sentido RUBANO, Mariela. "Notas sobre la evolución del constitucionalismo en Chile". En *Prudentia Iuris, Universidad Católica de Argentina,* Nº 71, 2011, p. 185. La historia constitucional del Chile emancipado, que se inicia con la celebración de la Primera Junta de Gobierno el 18 de septiembre de 1810, tiene como antecedente la historia institucional monárquica española. Este aspecto de ella exige reflexionar en lo relativo a la legitimidad de los textos constitucionales y a su aplicación a la realidad institucional. Para PALMA, carece de valor interpretativo llamarla "Patria Vieja" en tanto este nombre da la impresión de estar en presencia de una etapa en que la elite y el elemento popular se sumaron masivamente a la corriente independentista. Si hubiera que expresar este fenómeno en términos de periodificación diríamos que la historia del Chile colonial indiano tiene tres grandes momentos: 1°. El Gobierno de la Monarquía de los Austrias. 2°. El Gobierno Borbón regalista. 3°. La crisis del Gobierno Borbón (1808-1818) que culminó con la declaración de Independencia. PALMA, Eric. *Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812 -1924) Nueva Historia Constitucional*. Santiago de Chile: LOM, 2011.

[38] CAMPOS, F., op. cit., p. 92. Otras de las medidas importantes fueron la delegación del Poder Ejecutivo de la Junta de Gobierno[38] y la creación y aprobación de un reglamento para el arreglo del Poder Ejecutivo. Este arreglo se puso en vigencia el 4 de agosto 1811 y es considerado como el primer reglamento constitucional; RUIZ TAGLE, P., op. cit., pp.43-44. En ningún caso podría decirse que en esta época el pueblo asumió el poder constituyente. El acta declaraba formalmente que la Junta de Gobierno que había elegido el pueblo juraba su lealtad a Fernando VII. Se trataba, por lo tanto, de un Gobierno provisional que reconocía y afirmaba la legitimidad monárquica y que buscaba nuevas formas de organizar el poder

[39]. Sobre el sistema político establecido durante la restauración, véase MONTAGUT, Eduardo. "El sistema político de carta otorgada en la Restauración", en *El* obrero [en línea]. 2020. Disponible en https://elobrero.es/historalia/59645-el-sistema-politico-de-carta-otorgada-en-la-restauracion.html [consulta: 28 de julio de 2022].

En este Reglamento provisorio se encuentra un embrión o germen del ordenamiento fundamental del principio del constitucionalismo clásico, reconocido en su preámbulo al proclamar la necesidad de dividir los poderes y fijar límites a cada uno de ellos; sin confundir ni comprometer sus objetivos[40].

Sin embargo, el primer intento de generar una estructura mediante una constitución política sucede al año siguiente en el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812; el cual fue sancionado el 26 de octubre del mismo año bajo el Gobierno de José Miguel Carrera[41]. Aun cuando este reglamento constitucional asimilaba su estructura a las constituciones liberales de la época, seguía reconociendo a Fernando VII como soberano

[40] GARCÍA HUIDOBRO, Cristóbal. "El reglamento constitucional provisorio de 1812: reflexiones para un bicentenario", en *Revista Chilena de Derecho*. 2012. Vol. 9, no. 1, pp. 237 y ss. Entre septiembre y noviembre de 1811 se sucedieron en Santiago dos golpes de Estado que cambiaron la fisionomía del proceso político en Chile. El primero de ellos fue el golpe del 4 de septiembre de 1811, dirigido por José Miguel Carrera, que forzó la creación de una nueva Junta de Gobierno y obligo al Congreso a consentir en el alejamiento de sus miembros y a la inclusión de otros más proclives a la tendencia patriótica y, en algunos casos, abiertamente independentistas. El 15 de noviembre de 1811, un segundo golpe de Estado, dirigido por Juan José Carrera, terminó por elevar a su hermano José Miguel a la presidencia de una nueva Junta de Gobierno y al cierre definitivo de las sesiones del primer Congreso Nacional el 2 de diciembre del mismo año, consolidando el poder de Carrera en la capital. No existía un otorgamiento real, sino que se trataba de un otorgamiento de las fuerzas partidarias a la monarquía. Es decir, una propuesta de auto sometimiento al monarca, pero con elementos distintos a la estructura tradicional como la inclusión de la división de poderes y el establecimiento de unos límites que comienzan a abrirse paso en El Reglamento Constitucional de 1811, denominado "Reglamento para el arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile" y elaborado por el primer Congreso, tenía obviamente un carácter provisorio, ya que su objeto era estructurar una autoridad ejecutiva transitoria, la cual iba a regir hasta que Fernando VII volviera a gobernar. Es en este reglamento dónde se estipula la máxima autoridad en el Congreso Nacional, instalándolo como único depositario de la voluntad del rey. El reglamento elaborado en el primer Congreso reproduce en su preámbulo la voluntad del monarca, pero también reproduce elementos de naturaleza constitucional como las declaraciones sobre la necesidad de dividir los poderes y establecer los límites de cada uno de ellos. El Congreso, a su vez, tenía como funciones crear y suprimir empleos, aumentar o minorar dotaciones y otorgar honores de gracia exigiéndolo las circunstancias (artículo 8.º) El artículo 19 establecía el plazo tácito de duración de este "*pendiente de la Constitución; y ni formada en este perentorio término de un año, expirará en él la comisión"*. Véase VERDUGO, Mario. "Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile", en *Revista de Derecho Público*. 2014, , no.19/20, 2014, p. 120. Este Reglamento no establece un poder judicial, ni tampoco el reconocimiento de derechos de corte liberal ni garantías individuales. No hay una claridad en el contenido del Reglamento ya que su preámbulo señala el propósito de organizar los poderes.

[41] José Miguel Carrera, militar de profesión, toma el Gobierno por las por la fuerza y disuelve el Congreso el 2 de diciembre de 1812. RUBANO, M., op. cit., p. 186. El origen del Reglamento Constitucional de 1812 se encuentra en la iniciativa de un grupo de patriotas quienes, reunidos en la casa del cónsul estadounidense Robert Poinsett, acuerdan trabajar en un documento. Al respecto, José Miguel Carrera señala que "después de algunas noches que nos reunimos en casa de Poinsett, presentaron la constitución provisoria que debía darse al Gobierno. Accedimos gustosos a ella, porque en materias políticas cedíamos al dictamen de los señores Henríquez, Pérez, Zudáñez, Salas, Irisarri y otros de esta clase". La Junta de Gobierno había prometido una nueva Constitución y designó una comisión para el estudio y elaboración de la propuesta normativa. Esta comisión estaba conformada por algunos aristócratas de la época designados por José Miguel Carrera. Sin embargo, no fue aprobada por esta comisión, por lo que algunos miembros de esta comisión la estudiaron y confeccionaron privadamente. La promulgación de esta se hizo por medio de un plebiscito.

de Chile. Esto quedaba demostrado en la redacción de su preámbulo, al otorgar la facultad de regirse por sí mismo o sus representantes, obligando al monarca a aceptar la Constitución dada, "del mismo modo que en la península"[42].

Pero la más directa de todas las declaraciones soberanas contenidas en el Reglamento se encontraba en su artículo 5.º, cuyo tenor señalaba que "Ningún decreto, providencia u orden, que emane de cualquiera autoridad o tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno; y los que intentaren darles valor, serán castigados como reos de Estado". En este artículo radicaban las potestades legislativas de Chile: algo que bajo el régimen borbónico estaba estrictamente limitado a la metrópoli. Aunque reconociera la soberanía de Fernando VII, establecía por primera vez una doctrina emancipadora al prohibir, de forma expresa, que se obedezcan órdenes o se siguieran instrucciones emanadas de cualquier autoridad radicada fuera del territorio chileno[43].

Este Reglamento constituyó una de las muestras más clara del ejercicio de la naciente soberanía nacional[44]. Si bien reconocía a Fernando VII como rey y soberano de Chile, prohibía expresamente que se obedecieran órdenes o instrucciones emanadas de cualquier autoridad que se encontrase fuera del territorio chileno, lo que es una clara muestra de la rebelión contra el poder colonial español[45].

---

[42] En el artículo 3.º del reglamento de 1812 se establece que:
"*Su Rey es Fernando VII, que aceptará nuestra Constitución en el modo mismo que la de la Península. A su nombre gobernará la Junta Superior Gubernativa establecida en la capital, estando a su cargo el régimen interior y las relaciones exteriores. Tendrá en cuerpo el tratamiento de excelencia, y sus miembros el de los demás ciudadanos. Serán tres que sólo durarán tres años, removiéndose uno al fin de cada año, empezando por el menos antiguo. La presidencia turnará por cuatrimestres en orden inverso. No podrán ser reelegidos hasta los tres años. Todos serán responsables de sus providencias*".

[43] Artículo 5.º RCPP. "*Ningún decreto, providencia u orden, que emane de cualquiera autoridad o tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno; y los que intentaren darles valor, serán castigados como reos de estado*".

[44] Artículo 6.º RCPP. "*Si los gobernantes (lo que no es de esperar) diesen un paso contra la voluntad general declarada en Constitución, volverá al instante el poder a las manos del pueblo, que condenará tal acto como un crimen de lesa Patria, y dichos gobernantes serán responsables de todo acto, que directa o indirectamente exponga al pueblo*".

[45] En el caso de la división de poderes, la separación de funciones administrativas estaba consagrada en los artículos 3, 7 y 17, que regulaban las funciones Ejecutivas, Legislativas y Judicial. Cfr. GARCÍA HUIDOBRO, C., op. cit., p. 240. Este Reglamento dedicaba, además, una parte importante de su articulado a las garantías inscritas dentro del ámbito del procedimiento penal: como garantizar la existencia de un debido proceso judicial, con penas proporcionales al delito que se buscaba castigar (art. 28), asegurando la protección al reo y su acceso al juez natural llamado por ley a conocer del caso particular. En su artículo 18 encontramos los orígenes del *habeas corpus* "ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley".

Aquí encontramos la primera (y única) referencia expresa al extranjero que se encuentra en territorio chileno. Se reconoce el principio de igualdad de todo "habitante libre" en Chile, considerando al español como un hermano. Esta asimilación española es derivada de los procesos de colonialismo de dicho país sobre América. El extranjero es reconocido en cuanto a su utilidad, perdiendo dicha categoría (la de ser *extraneus*) con relación a las prestaciones que pueda realizar o servir al país.

Por último, el documento reconoce el asilo y la obligación del Estado de prestar auxilio en estos casos. Esto permite, de una u otra forma, identificar una diferenciación de aquel extranjero no español que buscaba protección en nuestras tierras versus aquel extranjero que, no siendo español y europeo, venía a Chile[46]. En esta normativa podemos encontrar un primer antecedente que ilustraría la normativa de extranjería hasta el siglo XXI: la utilidad del extranjero.

Este reglamento no establecía normas o regulaciones respecto a la ciudadanía, es decir era "una Constitución sin ciudadanos". De la misma forma, tampoco contemplaba normas respecto a la población indígena que se encontraba en el incipiente territorio chileno en proceso de emancipación[47].

Para algunos autores, el Reglamento de 1812 es considerado como "la primera Constitución del pueblo chileno"[48], ya que legisla sobre la autoridad y la libertad. Además, es un texto bastante avanzando para su época; que consagra en sus páginas la doctrina política que empezaba a germinar en el mundo: soberanía nacional, régimen representativo, división de los poderes públicos, garantías individuales, y algunos indicios de materias de ley y ley de presupuesto[49].

---

[46] Art. 24 RCPP. *"Todo habitante libre de Chile es igual en derechos. Sólo el mérito y virtud constituyen acreedor a la honra de funcionario de la Patria. El español es nuestro hermano. El extranjero deja de serlo si es útil y todo desgraciado que busque asilo en nuestro suelo, será objeto de nuestra hospitalidad y socorros, siendo honrado. A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades."*

[47] Tanto la ciudadanía como la población indígena serían recién tratadas en el texto constitucional de 1822. Véase PALMA, E., "*Estado…*", op. cit., p. 381.

[48] OSSA SANTA CRUZ, José Luis. "El primer constitucionalismo chileno. Reflexiones históricas para la discusión actual", en *Puntos de Referencia* [en línea]. 2020. No. 538, 2020, p. 3. Disponible en: https://www.cepchile.cl/investigacion/el-primer-constitucionalismo-chileno-reflexiones-historicas-para-la-discusion-actual/ [Fecha de la consulta: 22 de julio de 2022].

[49] Este Reglamento tuvo vigencia hasta el 6 de octubre de 1813, cuando se iniciaron las primeras batallas del ejército realista español para recuperar el mando y control del entonces Reino de Chile, ya que, en el

Esta consideración al extranjero no español fue cambiando, afianzándose aún más la diferenciación del no chileno. Una muestra de esta concepción es la ordenanza que regulaba el tránsito de europeos, dictada el 6 de abril de 1813[50], al señalar que:

> *"El Gobierno ha determinado que inmediatamente haga US., saber a los Guardas de las Cordillera, impidan absolutamente el tránsito de todo europeo a las provincias de este Reino, bajo las más graves penas si se les notare falta u omisión en tan importante encargo. Para que tenga efecto lo mandado, se le participa a Ud., para que en el día haga saber a dichos Guardas la orden prevenida".*

En el año 1814, es promulgado un nuevo Reglamento para el Gobierno Provisorio. Su dictación se enmarcó en la guerra de Independencia entre españoles y patriotas, lo que hizo necesario transitar desde un gobierno colegiado a uno de tipo unipersonal[51].

El texto representaba a las fuerzas realistas que habían asumido nuevamente el poder. Sin embargo, este Reglamento fue suspendido al regreso de Fernando VII al trono, ya que el monarca no aceptaba esta normativa impuesta por Chile al surgir la reconquista española[52]. Este Reglamento mantiene la línea de carta otorgada, pero se diferencia de un texto constitucional principalmente al no contener un preámbulo; ni las referencias a la soberanía y límites al poder, ni tampoco las de representación popular y derechos[53].

---

mismo año, Napoleón Bonaparte reconocía nuevamente a Fernando VII como Rey de España y de las Indias[49].

[50] Ordenanza S/N Tránsito de Europeos, de 6 de abril de 1813.

[51] Reglamento para el Gobierno Provisorio, 17 de marzo de 1814. En este contexto, el recién asumido Director Supremo Francisco de la Lastra eligió a 5 personas para que, en el plazo de 24 horas, redactaran un reglamento provisional, el cual fue promulgada 10 días después una vez discutidos por la Asamblea de las Corporaciones

[52] La reconquista española ha sido denominada por la historiografía nacional como el período comprendido entre las derrotas de las fuerzas patriotas en Rancagua el 1 y 2 de octubre de 1814 y su posterior victoria en la batalla de Chacabuco el 12 de febrero de 1817. Tras la derrota en Rancagua, que significó el exilio de los restos del Ejército patriota al otro lado de los Andes, el jefe militar realista Mariano Osorio asumió el mando del país con el título de gobernador. La campaña de contrarrevolución emprendida por el virrey del Perú Fernando de Abascal tuvo éxito siendo el paso siguiente restituir la autoridad del Rey Fernando VII repuesto en el trono de España tras la caída de Napoleón. De inmediato se abolieron todas las iniciativas republicanas decretadas anteriormente y se restauraron las instituciones de Gobierno administrativas y judiciales de la colonia. Véase BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. "La reconquista española (1814-1817"), en *Memoria Chilena* [en línea]. Disponible en http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3671.html. [Fecha de la consulta: 29 de julio de 2022].

[53] El Senado se configuraba como un órgano consultivo compuesto por 7 individuos que se elegirían por el director Supremo a propuesta de la terna que haría la Junta de Corporaciones. Vemos un retroceso en el desarrollo del sufragio ya que el Senado deja de ser de elección popular elegido y pasa a ser electo por una Junta de corporación, cuyo carácter es meramente consultivo.

Durante la vigencia de este Reglamento, el país se hallaba sumido en un estancamiento cultural y económico, bajo una gran presión política y, en definitiva, ante un proceso de emancipación que era inminente. Esta emancipación incipiente se vio influenciada también por la apología de los conceptos de igualdad y libertad, el ejemplo de la independencia estadounidense, la revolución francesa y la defensa de Buenos Aires ante los ingleses entre los años 1806 y 1807. Además, se inició por ese entonces un proceso paulatino en que los españoles peninsulares comenzaron a ser considerados como extranjeros en América, rasgo que permitía comprender la autonomía que reclamaban las excolonias de la península[54].

Después de la batalla de Chacabuco, se puso fin a la dominación española en el norte y centro de Chile[55]. El 17 de febrero de 1917, en Cabildo Abierto, fue elegido Bernardo O'Higgins como director supremo[56]. Con la proclamación y jura de la independencia de Chile, el 12 de febrero de 1818 en Santiago, se dio inicio a una nueva etapa para el país conocida como "Patria Nueva"[57].

Según CID, el proceso emancipatorio en Chile durante esta época "no fue inmediato ni unidireccional, una de las claves de la rearticulación conceptual del constitucionalismo tuvo que ver con su inserción dentro de los debates en torno al ejercicio y legitimidad del poder, en ausencia del poder real"[58].

El objetivo, durante este periodo, era realizar acciones de soberanía mediante procesos de colonización para incorporar los territorios aislados del país o aquellos con nula población y, a la vez, atraer industria y tecnología, pero manteniendo la soberanía y control respecto de dichos territorios y extranjeros. Es decir, se abandona la concepción imperialista y de dominación de "colonia". En este contexto, los extranjeros que se consideraban como

[54] VIAL CORREA, Gonzalo. "Historiografía de la independencia de Chile", en *Revista de Historia*. 1965. Vol. 1, no. 1, pp.165-190.
[55] El 12 de febrero de 1817, se libró al Batalla de Chacabuco, entre las tropas españolas y los ejércitos libertadores: el de Chile comandado por O'Higgins y el de Argentina por San Martín, derribando de un solo golpe la reconquista española e iniciando la etapa conocida como la "Patria Vieja". CAMPOS, H., op. cit., pp.113 -114.
[56] CRUZ COKE OSSA, Carlos. "Constitucionalismo chileno y su evolución", en *Revista Actualidad Jurídica*, 2009. No.20, p. 549.
[57] En este periodo veremos como varios gobiernos, hasta el año 1830, intentaron diversos ensayos para regular las normas de convivencia de los chilenos a través de textos constitucionales.
[58] CID, Gabriel. "Ritos para una nueva legitimidad: ceremoniales constitucionales y republicanismo en Chile (1812-1833)", en *Historia Crítica*. 2012. No. 47, p. 20.

"colonos", eran visualizados como portadores de progreso, de desarrollo social y como un aporte para "conformar las características del chileno deseable o esperado, para configurar una persona más disciplinada y dedicada al trabajo"[59]. Evidentemente, y en consecuencia con el espíritu de la época, de lo que se trataba era de atraer sujetos con capacidades y competencias superiores a las de los nativos, tanto en el plano de su moralidad como de su civilidad, emprendimiento y laboriosidad[60].

En materia de extranjería, una de las primeras regulaciones data del año 1817. En ella, se establecieron restricciones al ingreso del Reino de Chile de europeos no españoles, así como varias leyes contrarias a los españoles, entendiéndose estos como enemigos. Por ejemplo, la prohibición de reunión de más de dos europeos españoles que no tengan carta de ciudadanía (18 de noviembre de 1817); el secuestro de propiedades de españoles (12 de marzo de 1817); medidas de seguridad contra los españoles y la dispersión del ejercito realista, donde "ningún español europeo, desde las oraciones adelante, ande por las calles, so pena de ser pasado por las armas en el momento que se le cubra" (18 de febrero de 1817).

1.2. Los Ensayos Constitucionales

Entre 1818, fecha de la declaración de la independencia, y 1833, año en que fue promulgada la primera Constitución que tendría una permanencia histórica relevante en el país, Chile vivió un proceso similar al que enfrentaron otros países herederos de la monarquía hispánica: el que representó, sin duda, un desafío en la construcción de las nuevas naciones. Muchos países del continente americano estuvieron sumidos en la anarquía y ensayaron diversas fórmulas de organización[61].

---

[59] Por otro lado, este fue un periodo complejo en el orden interno porque estaba pendiente el dominio efectivo por el nivel central de la zona de la Araucanía y por ello también se estimaba que los migrantes europeos eran portadores de desarrollo que podría reintegrar y hacer progresar la zona. LARA, M., op. cit., p. 63.

[60] DURÁN, Carlos y THAYER, Eduardo. "Los migrantes frente a la ley. Continuidad y rupturas en la legislación migratoria del Estado chileno", en *Revista Historia 396*. 2017. Vol. 7, no. 2, pp. 429-461.

[61] SAN FRANCISCO, Alejandro. "El primer constitucionalismo chileno, 1810 – 1828", en *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*. 2007. No. 12, p. 341. Para GARGARELLA, este se consideraría el primer periodo de la evolución de constitucionalismo regional denominado "el constitucionalismo experimental", particularmente preocupado por la consolidación de la independencia (1810 – 1850) Cfr. GARGARELLA, Roberto. "Sobre nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*. 2018. Vol. 27, no. 1, p. 110.

Una de las características de este período, fruto directo de las guerras de independencias, fue el desarrollo del constitucionalismo que procuraba definir en un texto escrito denominado "Constitución" lo que debía ser la organización política del país y los derechos de sus habitantes[62]. La emancipación política requería una justificación, cuya manifestación jurídica eran precisamente las constituciones.

En el periodo de transición hacia la «Patria Nueva» , se evidenció la necesidad imperiosa de restaurar el orden gubernamental. Como respuesta a este llamado, se convocó un Cabildo abierto, otorgando a los «notables del pueblo» la facultad de designar a los representantes de las provincias, cuya misión era seleccionar un único individuo para liderar la nación. Bernardo O'Higgins, en su calidad de director supremo, presentó a la ciudadanía un proyecto de Constitución provisoria, el cual fue aprobado el 23 de octubre de 1818.

En la Constitución de 1818 resulta importante destacar la consagración, a nivel constitucional, de la libertad de las personas y absolución de la esclavitud[63], así como el reconocimiento de los «primeros ciudadanos». El texto reconocía, en su Título IV, el concepto de «ciudadanos residentes en el Estado» pero no desarrollaba ni especificaba quienes podían adquirir tal estatus ya que señalaba expresamente que *"No podrá dar empleo alguno político ni presentar para algún beneficio eclesiástico, sino los ciudadanos residentes en el Estado"*.

Sin embargo, el texto hacía una excepción: refiriéndose nuevamente a la necesidad de utilidad o conveniencia del extranjero en el territorio nacional al establecer que:

> *"Si las circunstancias políticas, méritos contraídos en el Estado, relaciones extranjeras, cualidades recomendables de ciencia, etc., exigieses colocar en algunos empleos de los referidos en el artículo anterior, a los que no fuere ciudadanos chilenos o que aun siéndolo se duda de su opinión pública, podrá hacerlo con acuerdo del Senado"*.

[62] GROS, Héctor. "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 2002. No. 6, pp.143 -176.
[63] El 11 de octubre de 1811 es , promulgada La ley de Libertad de Vientres, estableciendo que: "*todos los hijos e hijas de esclavos nacidos en Chile, quedaban automáticamente libres al nacer"*.

La Constitución de 1818, al igual que la de 1812, no contemplaba normas respecto a la ciudadanía, por lo que esta condición de quien era o no ciudadano/chileno y se consideraba como tal, solo podría deducirse del mensaje del texto constitucional. Esta situación fue puesta en conocimiento del ejecutivo, por parte del Procurador General de la ciudad, en el año 1819, señalando que la Constitución provisoria no consagraba normas para declarar ciudadanos a los extranjeros, ni tampoco indicaba los requisitos para otorgar este título, ya sea respecto de los españoles como de cualquier otro extranjero, solicitando al director supremo llenar este vacío[64].

Por otro lado, esta Carta tenía la peculiaridad de considerar expresamente la situación de los sectores económicamente débiles de la sociedad chilena y establecer la obligación del poder público de atender a sus necesidades, señalando que correspondía a los tenientes gobernadores velar por la conducta de los jueces de partido y de los celadores, "*a fin de hacerles cumplir con sus deberes, y que no sean oprimidos los pobres, cuya indigencia exige con preferencia la protección de los del Gobierno*"[65].

Dicho texto, con un carácter provisorio, fue el primero que cumplió con todos los requisitos de una Constitución en lo estrictamente jurídico: delimitaba claramente las competencias y límites de cada uno de los poderes del Estado; establecía un catálogo de derechos individuales; restringía el poder estatal por medio de su distribución entre distintos organismos, consagrando límites al ejercicio de las facultades de cada uno de ellos. Estos límites son recalcados, a su vez, a través del reconocimiento de una serie de derechos inherentes al ser humano, marcando un ámbito de autonomía individual en el que no se podía entrar[66].

---

[64] PALMA, Eric. "La Constitución chilena de 1818 (a 200 años de su promulgación)", en *Revista de Historia Constitucional*. 2019. No. 20, p. 974.
[65] PALMA, E., "*Estado Constitucional…*" op. cit., p. 372.
[66] WESTERMAYER, F., op. cit., p. 468-473. Logro del constitucionalismo y del derecho constitucional fue la universalización de nuevos paradigmas de igualdad, participación política y libertad; así como la propagación de una nueva idea acerca de la distribución del poder del Estado en una nueva jerarquía entre las fuentes del derecho y el surgimiento de una nueva concepción de la relación entre política y derecho. Esas ideas tienen su expresión en el principio de separación de poderes, el reconocimiento universal de los derechos humanos y el surgimiento del sentido democrático. De todos estos principios y transformaciones, la más relevante fue la primacía que adquiere la igualdad.
Algunos autores estiman que, en el derecho público chileno, la Constitución de 1818 marca un avance en el sentido de deslindar las atribuciones de los poderes, establecer garantías individuales, condensar los poderes públicos en el Ejecutivo y en las máximas morales. Véase también CAMPOS, F., op. cit., pp. 340 y ss.

La estratificación social de la época excluía a los indígenas que eran tratados de incapaces, en una condición de inferioridad e inhabilitados para desarrollarse en la sociedad. Esta incapacidad era consideraba una condición natural de los indígenas que requerirían, por ende, siempre de un protector (un dueño). La misma calificación y desconocimiento de su dignidad como personas sufrían los esclavos africanos y los mestizos, los cuales tampoco eran considerados personas sino solo objetos de propiedad. Las mujeres también habían sido consideradas, principalmente, solo a cargo de la administración del hogar y los cuidados de los hijos, manteniéndose alejadas de la vida política[67]. Además, existía una diferenciación de estatus entre las mujeres aristócratas, empleadas domésticas, mujeres indígenas y mujeres mapuches.

En esta etapa, la llegada de los inmigrantes correspondió a una inmigración europea de tipo voluntaria o libre y de comerciantes extranjeros a ciudades como Valparaíso[68], atraídos por la apertura del comercio y una política económica favorable. Los primeros extranjeros no españoles en arribar al país fueron los ingleses y los franceses. Paralelamente, el Estado centró su política migratoria en una de carácter dirigida, fomentando el asentamiento de personas provenientes de determinadas regiones del mundo y con ciertas características específicas[69]. Este proceso fue conocido como "la diáspora europea"[70] y abarcó poco más de un siglo (1820 – 1930).

---

[67] GREZ, Vicente. *Las mujeres de la Independencia*. Santiago de Chile: Imprenta Gutenbert, 1878, p. 6. "Se ha creído siempre que la mujer chilena nació exclusivamente para el encanto i el cariño del hogar, para la administración doméstica, para el cuidado de los hijos, cuando ha sido ella la que ha trasmitido de generación en generación las nobles virtudes que constituyen los distintivos esenciales de nuestro carácter: el amor a la patria que principia en la familia, el valor personal hijo de las convicciones heroicas, la moralidad pública y privada, fruto de los buenos ejemplos".

[68] Con la independencia de Chile y la abolición de la esclavitud, en los albores de 1800, se aceleraron el asentamiento del trabajo asalariado y la apertura al comercio, facilitando así la llegada espontánea de otros grupos europeos al país, distintos a los españoles que ya se habían radicado en la colonia. Durante este nuevo período, el puerto de Valparaíso se convirtió en la escala obligada de los comerciantes de ultramar, siendo los ingleses y franceses los primeros extranjeros no españoles en arribar al país. Uno de los principales motivos de la llegada de los británicos fue la "fiebre del oro" en California (1840), que convirtió a Chile en uno de los primeros proveedores de víveres para los Estados Unidos. Los ingleses, radicados mayoritariamente en Valparaíso, comenzaron a introducir al país diversos proyectos comerciales. La banca, los seguros y el transporte controlan el centro del comercio y del sector fabril hasta 1930. Los franceses influirían luego en la vida capitalina, aportando al acervo intelectual y desarrollando el sistema de educación, proceso que posteriormente resultaría, entre otros factores, en el nacimiento de la clase media chilena. Esta primera inmigración europea no ocurrió a escala masiva, como en otros países de la costa atlántica del continente. Véase CANO, Verónica, MARTÍNEZ, Jorge y SOFFIA, Magdalena. "Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio", en *Serie Población y Desarrollo*. 2009. No. 88, p. 13.

[69] Cfr. LARA, M., op. cit., pp.63 y ss.; CANO, V., MARTÍNEZ, J. y SOFFIA, M., op. cit., pp.11 y ss.

[70] Véase GUTIERREZ, Héctor. "La inmigración española, italiana y portuguesa: Chile 1860 -1930", en *Notas de Población*, no. 12. Santiago de Chile: CEPAL, 1989; CANO, Verónica y SOFFIA Magdalena, "Los estudios sobre migración internacional en Chile: apuntes y comentarios para una agenda de

Bajo este contexto, se dictó la Constitución de 1822. Sancionada y promulgada el 30 de octubre del mismo año, esta Carta reflejaba todos los principios del "constitucionalismo clásico"[71]. Reconocía la existencia de tres poderes independientes, como eran el Legislativo, Ejecutivo y Judicial (artículo 12), regulando por primera vez la ciudadanía.

Esta Constitución introducía, como novedad a las garantías individuales, el reconocimiento a nivel constitucional del principio de igualdad entre todos los chilenos, estableciendo la cláusula de igualdad constitucional "*Todos los chilenos son iguales ante la Ley, sin distinción de rango ni privilegio"* (art. 6.º).

Asimismo, sólo consideraba chilenos a aquellos contemplados en su artículo 4.°, reconociendo el *ius solis*, el *ius sanguinis*, los vínculos y permanecía en el territorio y el hombre propietario como requisitos tanto para obtener la nacionalidad como la ciudadanía[72]. El artículo 5.° reconocía una forma de adquisición de la nacionalidad a aquellos extranjeros que "*han hecho o hicieren servicios importantes al Estado*".

Como es posible apreciar de la lectura del texto constitucional, la ciudadanía era un estatus privilegiado dentro de la sociedad burguesa de la época, restringida a un grupo minoritario elitista, donde los grupos subalternos como trabajadores asalariados, mujeres, y por supuesto inmigrantes, no eran considerados titulares de derechos, siendo excluidos

investigación actualizada", en *Papeles de población* [en línea]. 2009. Vol.15, no. 16, pp. 129-167. [Fecha de la consulta: 28 de abril 2022]. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252009000300007&lng=es&nrm=iso

[71] RUBANO, M., op. cit., p.186. De un tiempo a esta parte, la historiografía especializada en la década de 1820 ha enfatizado las diferencias que habrían existido entre los primeros «republicanos» chilenos y sus supuestas contrapartes, los «liberales». Haciéndose eco de una crítica más antigua de los «republicanos» de la Escuela de Cambridge (Skinner 1985) a los «liberales clásicos» como Isaiah Berlin (1988 [1969]), autores chilenos como Vasco Castillo han sostenido que el republicanismo habría sido "la principal vertiente que dirige y organiza el pensamiento político del período fundacional, entre los años 1810-1830" (2009, 9). En términos del presente trabajo, la afirmación anterior sería correcta siempre y cuando el republicanismo fuera compredido únicamente como un régimen de gobierno contrario a la monarquía, la tiranía y el despotismo. En cuanto a las garantías individuales se encuentran: Libertad de manifestación y pensamiento (artículo 233), Inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 224), algunas normas del debido proceso como el derecho al juez natural (artículo 199) y la libertad de información (artículo 225).

[72] Constitución Política del Estado de Chile, del 30 de octubre de 1822, art. 4º. *Son chilenos:*
1° Los nacidos en el territorio de Chile.
2° Los hijos de chileno y de chilena, aunque hayan nacido fuera del Estado.
3°Los extranjeros casados con chilena, a los tres años de residencia en el país.
4° Los extranjeros casados con extranjera, a los cinco años de residencia en el país, si ejercen la agricultura o la industria, con un capital propio, que no baje de dos mil pesos; o el comercio con tal que posean bienes raíces de su dominio, cuyo valor exceda de cuatro mil pesos.

de las tomas de decisiones políticas del Estado. Contemplaba, además, causales de pérdida y cesación de la ciudadanía. Esta ciudadanía era reconocida mediante el derecho a sufragio, siempre y cuando no hubiesen perdido su calidad de tal o estuviese aquella suspendida[73].

En el año 1823, nace la llamada «Constitución Moralista», denominada de esa manera porque establecía normas de conducta y valóricas relativas al comportamiento de los ciudadanos, con rasgos autoritarios en su articulado y con tramitaciones legislativas muy engorrosas (por ejemplo, contemplaba un título específico denominado «Moralidad Nacional»).

El reconocimiento constitucional de garantías sólo estaba establecido para los "individuos residentes en Chile." Esto podía interpretarse por la inexistencia de una distinción entre la condición de nacional o extranjero. Sin embargo, la cláusula de igualdad se circunscribía sólo a los "chilenos"[74], reconociendo nuevamente el *ius solis* y el *ius sanguinis* pero condicionados al requisito de domiciliarse en Chile, los vínculos que se tuviesen con chilenos, la capacidad de adquirir bienes y la adquisición por gracia otorgada por el Poder Legislativo.

Este texto también reconocía la utilidad del extranjero, pero para efectos de otorgar la ciudadanía activa, considerándose chileno al extranjero que haya enseñado o traído al país alguna invención, industria, ciencia o arte cuya utilidad apruebe el Gobierno. En esta carta, la protección constitucional y legal de garantías solo estaba establecida para los «individuos residentes en Chile». La vinculación ya no se establecería desde la nacionalidad, sino desde el concepto de la residencia en el territorio.

---

[73] Como bien lo señala Juan Luis Ossa Santa Cruz, "En la década de 1820 se alcanzó, en efecto, un 'consenso liberal republicano', el cual permitió (no sin violencia) lograr una salida a la crisis provocada por la caída del imperio español. Variados hombres de letras acomodaron sin problemas distintas corrientes republicanas y liberales: el liberalismo clásico o anglosajón (que pone al individuo al centro de sus preocupaciones); el liberalismo continental o francés (que considera al Estado como el principal garante de la libertad); el liberalismo hispánico (más reformista que revolucionario o rupturista); el republicanismo clásico (con su marcado acento en la virtud pública); y el republicanismo ilustrado o católico (inspirado sobre todo en autores de la Ilustración española)", OSSA SANTA CRUZ, Juan Luis. "El primer constitucionalismo chileno. Reflexiones históricas para la discusión actual", en *Centro de Estudios Públicos CEP*. 2020. No. 538, p. 5.

[74] Constitución Política del Estado de Chile, del 29 de diciembre de 1823, Art. 7.º Todo chileno es igual delante de la ley: puede ser llamado a los empleos con las condiciones que ésta exige: todos contribuyen a las cargas del Estado en proporción de sus haberes: todos son sus defensores.

Como es evidente, la regulación constitucional de la ciudadanía, aunque de tipo censitaria y distinguiendo entre pasiva y activa (según se tenga o no acceso a todos los derechos políticos), puso al individuo en un plano distinto al del vasallo en la relación con el poder, concentrando el poder en unos pocos[75].

Una vez más es posible encontrar, en un texto nacional, todos los principios del constitucionalismo: soberanía nacional, derechos fundamentales y sus garantías, separación de poderes y supremacía constitucional. Sin embargo, la complejidad de las instituciones que en esta Constitución se establecían y el procedimiento engorroso determinado para la tramitación de las leyes hacía imposible poner en práctica dicha Carta[76].

En esta misma época, un segmento del liberalismo chileno expresó su simpatía con las ideas del federalismo. José Miguel Infante, quien asumió control del Gobierno por delegación, propuso una serie de leyes federales que seguían el modelo de la Constitución de Estados Unidos[77]. Este periodo, conocido como "los Ensayos Federales", creó un conjunto de normas tenía por objeto el establecimiento de un régimen político federal en el país. Sin embargo, estas medidas no surtieron efecto dada la inestabilidad política y social del país en aquella época[78].

Durante este periodo nace, el 10 de abril de 1824, la primera ley sobre extranjería: considerada como activadora del proceso inmigratorio y a la vez del económico. Esta disposición ofrecía garantías a los extranjeros que se establecieran en Chile y se dedicaran a la agricultura, ya que los eximía del pago de impuestos durante diez años y les concedía terrenos para iniciar la explotación. Asimismo, entregaba franquicias para aquellos que fundasen establecimientos industriales y fabricasen hilados, cáñamos y manufacturas de cobre[79].

[75] PALMA, E., "*La Constitución chilena de 1818*…" op. cit., p. 974. Respecto a las garantías individuales, se reconoce la protección de los derechos individuales (artículo 116), la inviolabilidad de hogar (artículo 120), prohibición de detenciones ilegales (artículo 123 y 124), derecho a la defensa por sí mismo o por otro (artículo 130), derecho al juez natural (artículo 136) y consagración de un *Habeas Corpus* (artículo 138).
[76] CRUZ COKE, C., op. cit., p. 552.
[77] RUIZ TAGLE, P., op. cit., p. 54-55.
[78] CAMPOS, F., op. cit., p. 134.
[79] BRAVO, G. y NORAMBUENA, C., op. cit., p. 35.

En el año 1828, fue redactada la denominada "Constitución Liberal"[80]. La corriente liberal rescataba el período entre 1823 y 1830, considerando que la obra cúlmine del constitucionalismo chileno era esta Constitución. La Carta mantenía una fuerte influencia francesa y norteamericana, haciéndose de la voz progresista con la superación de la herencia hispana[81]. Este texto es el primero que utilizó el título "Constitución Política de la República de Chile". Establecía, además, el concepto de "Nación Chilena", entendida como la *reunión política de todos los chilenos naturales y legales* (artículo 1.º).

Esta norma establecía una distinción entre chilenos naturales y legales., a efectos de distinguir el lugar de nacimiento: designando a partir del *ius solis* a los "chilenos naturales" y a partir del *ius sanguinis* a los "chilenos legales[82]". Los primeros corresponderían a aquellos nacidos en el territorio de la República y los segundos a aquellos que cumplían algunos de los requisitos establecidos en el artículo 6.°, tales como el vínculo con padre o madre chileno, por matrimonio con chileno y por residencia chilena.

Esta carta fundamental definió los criterios sobre igualdad de cargos públicos y, en particular, reconoció la dimensión de la ausencia de privilegios propiciando la abolición de los mayorazgos[83]. En su artículo 125 señalaba que *"Todo hombre es igual delante de*

[80] El origen de la Constitución de 1828, en apretada síntesis, puede concretarse en los siguientes hechos: el 4 de mayo de 1827, por renuncia del presidente general Ramón Freire, asume el mando supremo el vicepresidente general Francisco Antonio Pinto. El general Pinto convoco al pueblo para elegir un Congreso Constituyente que fue designado en elecciones celebradas a principio de 1828. El Congreso acordó delegar, en una Comisión de cinco de sus miembros, la preparación del proyecto de Constitución. Por su parte, la Comisión subdelegó su encargo en la persona del oficial mayor del Ministerio de Estado, don José Joaquín de Mora, español (a quien posteriormente se le confirió la «gran nacionalidad por gracia»). Mora redactó el proyecto en un mes; lo aprobaron la Comisión y el Congreso Constituyente, después de una ardua discusión. Fue promulgada la Constitución por el vicepresidente Pinto, el 8 de agosto de 1828. Véase CRUZ COKE, C. op. cit., p. 553.

[81] WESTERMAYER, F., op. cit., p.481.

[82] Respecto a las garantías individuales, establece en su artículo 10 *"La nación asegura a todo hombre derechos imprescriptibles e inviolables*" tales como la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición y la facultad de publicas sus opiniones. Además, se desarrollan, de manera específica, la libertad ambulatoria (artículo 13), la libertad de opinión y pensamiento (artículo 18) y la inviolabilidad de la correspondencia (artículo 19).

La carta considera un capítulo específico sobre la división de poderes, indicando que el ejercicio de la soberanía se divide en tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

En el caso del ejercicio de la ciudadanía, el que se manifestaba en el ejercicio del derecho al sufragio, se reservaba solo a los chilenos naturales o legales mayores de 21 años (menores de 21 años si estaban casados) y que hayan realizado algún servicio al Estado.

[83] GARCÍA PINO, Gonzalo. *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado* [en línea]. Bruselas: Parlamento Europeo, 2023, p. 9. [Fecha de la consulta: 22 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/739352/EPRS_STU(2023)739352_ES.pdf

la ley". Esta cláusula de igualdad demuestra que solo se tomaba en cuenta a los hombres como sujetos de derechos y no a las mujeres, que no eran consideradas como sujetos que interviniesen en la política de la época.

Como es posible constatar, no existe, en esta sucesión de ensayos constitucionales, un reconocimiento a los inmigrantes como sujetos titulares de derechos, limitando todo ejercicio de derechos únicamente a los chilenos, hombres, propietarios, terratenientes o militares. Los reglamentos o constituciones señaladas no reconocían otra titularidad que no fuese la ya mencionada.

2. Segunda etapa: el establecimiento del modelo constitucional (1833 a 1975)

Esta etapa tiene, como marco referencial legislativo en materia migratoria, la ley del 10 de abril de 1824; que fue considerada como activadora del proceso migratorio y a la vez económico del país. Esta disposición ofrecía garantías a los extranjeros que se establecieran en Chile y se dedicaran a la agricultura, ya que los eximía del pago de impuestos durante diez años y les concedía terrenos para iniciar la explotación. Asimismo, otorgaba franquicias para aquellos que fundasen establecimientos industriales y fabricasen hilados, cáñamos y manufacturas de cobre[84]. Esta normativa estuvo vigente hasta el año 1854.

2.1. La Constitución de 1833 y su larga vigencia

El segundo periodo constitucional se inicia con la dictación de la Constitución de 1833. Esta carta marca la tendencia constituyente de la época: constituciones más rígidas, con una duración más prolongada en el tiempo, generando cierta estabilidad política y constitucional en Chile[85].

[84] BRAVO, G. y NORAMBUENA, C., op. cit., p.35; LARA, M., op. cit., p.64.; DURÁN, C. y THAYER, E., op. cit., pp. 433 y ss.

[85] Promulgada el 25 de mayo de 1883, en el gobierno de José Joaquín Prieto, y redactada por Manuel José Gandarillas, liberal, y Mariano Egaña Conservador. Rigió durante 91 años hasta el golpe de estado el 11 de septiembre de 1924, donde se da inicio al periodo parlamentario. Véase CAMPOS, F., op. cit., pp. 281 y ss. La Constitución de l833 inauguró una nueva etapa en la historia del constitucionalismo chileno.

La redacción íntegra del texto tuvo por objeto el establecimiento de un orden constitucional sustancialmente diferente del consagrado en la Constitución de 1828, que fue expresión de un ideario liberal doctrinario pensado en función de una República[86].

Esta Constitución permitió darle una cierta continuidad a la oligarquía existente antes de la independencia (con los acomodos propios de la élite), determinando cierta restauración absolutista y configurando una república oligárquica[87]. Bajo este contexto, la igualdad formal era sólo compatible con una estructura de poder en manos de muy pocos. Esto generó una ciudadanía excluyente y exclusiva, con restricciones censitarias en los derechos políticos, reconocidos limitadamente solo para hombres[88].

La Constitución de 1833, en su artículo 6.°, establecía quienes eran chilenos, manteniendo el *ius solis* e *ius sanguinis*, el avecindamiento en caso de ser extranjero, y la naturalización por gracia. Sin embargo, ni la Constitución ni la normativa de extranjería de la época, enfocada a los procesos de colonización en el sur de Chile, definían el concepto de avecindamiento[89].

De vital importancia, a efectos de los procesos de inmigración, es el numeral 2.º del Art. 6, que establecía que también eran chilenos:

[86] PALMA, E., "*Estado Constitucional*…", op. cit., pp. 504 y ss.
[87] GARCÍA PINO, G., op. cit., p.10.
[88] A lo largo del siglo XX surgió una visión contestataria de la anterior, denominada conservadora, que reivindicaba la herencia cultural indiana, relativizaba la influencia francesa y norteamericana y rescataba la figura de Diego Portales, considerando que la Constitución de 1833 dio a Chile orden, estabilidad y progreso, diferenciándolo de la mayoría de las nuevas naciones.
La vida de Diego Portales fue breve pero políticamente intensa. Provenía de una familia de la aristocracia chilena del s. XVIII y durante la patria vieja abandonó sus estudios en el recién fundado Instituto Nacional para trabajar con su padre en la Casa de Moneda; donde desarrolló su vocación por el comercio y los negocios. En Perú fundó la empresa Portales, Cea y Compañía la que se trasladó a Chile y firmó con el gobierno, en 1824, un contrato para gestionar el estanco del tabaco. Si bien el negocio terminó en un fracaso en 1826, Portales se ligó a los principales sectores políticos y comenzó a definir una opinión política que es posible reconstruir a partir de su epistolario y reflexiones, cuyo ícono es la carta enviada a su socio José Manuel Cea. A su juicio, según se desprende de este documento, se debía dejar caer "el peso de la noche" para que pudieran desarrollarse los negocios particulares privilegiando el orden por sobre las libertades. Más tarde, la Constitución de 1833 recogería esos principios, institucionalizando el denominado "orden portaliano". Véase BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. "La Constitución de 1833", en *Memoria Chilena* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta 22 de abril de 2022]. Disponible en https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3506.html.
[89] Esta incertidumbre conceptual se mantiene hasta el año 2022, cuando recién la nueva legislación migratoria define qué se entiende por «avecindamiento».

> "*Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero por el solo hecho de avecindarse en Chile. los hijos de chilenos nacidos en territorio extranjero, hallándose el padre en actual servicio de la República, son chilenos aún para los efectos en que las leyes fundamentales o cualesquiera otras requieran nacimiento en el territorio chileno".*

A su vez, la utilidad y conveniencia del extranjero era considerada como una forma de adquisición de la nacionalidad chilena toda vez que, como bien señala su numeral 3.º:

> "*los extranjeros que profesando alguna ciencia, arte o industria o poseyendo alguna propiedad raíz o capital en giro, declaren ante la municipalidad del territorio en que residan, su intención de avecindarse en Chile y hayan cumplido 10 años de residencia en el territorio de la República, bastaran 6 años de residencia si son casados y tienen familia en Chile y 3 años si son casados con chilena".*

En materia de nacionalidad, en el año 1874, con la reforma introducida el 13 de agosto del mismo año, se modificó el artículo 6.º en su inciso tercero, estableciendo que también serán considerados chilenos "*los extranjeros que habiendo residido un año en la República declaren ante la municipalidad del territorio en que residen su deseo de avecindarse en Chile y soliciten carta de ciudadanía".*

Era reconocida la ciudadanía activa (pero de manera aún más restrictiva y selectiva) solo a los chilenos que hubieren cumplido 21 años de edad, supieran leer y escribir y estuvieran inscritos en los registros electorales.

La necesidad de establecer criterios para determinar quienes tenían la nacionalidad chilena, así como también la necesidad de determinar mecanismos de adquisición (como la naturalización o la naturalización por gracia a aquellos que hayan contribuido al país) era comprendida como urgente, en función del contexto migratorio que estaba viviendo el país y la apertura a los nuevos flujos provenientes de Europa[90].

[90] En un debate suscitado en el año de 1848, donde se presentó una discusión respecto de la posibilidad de la nacionalidad chilena por la comisión de un delito, se distinguió claramente entre la calidad de chileno y el derecho de ciudadano activo. Se podía perder la ciudadanía sin perder la calidad de chileno, que la

En materia de igualdad, el artículo 12 establecía una cláusula de igualdad señalando: *"La Constitución asegura a todos los habitantes de la República. 1° La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada*".

En la práctica, este reconocimiento de igualdad a todos los habitantes no ocurría. Un ejemplo claro es el derecho a sufragio restringido a un grupo de hombres no analfabetos y con inscripción en los registros electorales. Aquí nuevamente se comprueba una exclusión a mujeres, a indígenas y por ende a los extranjeros. Esto se traducía en la imposibilidad de postularse a cargos de elección popular como senadores y/o diputados que, además, exigía demostrar la capacidad de poseer bienes y rentas altas.

Si bien la Constitución Política de 1833 no señalaba ningún obstáculo al extranjero, ya que de manera implícita aseguraba las mismas garantías que los nacionales en cuanto a igualdad ante la ley, la absoluta libertad de movimiento en el territorio y la inviolabilidad de su propiedad[91]; el acceso a la nacionalidad sólo era posible desde una perspectiva privilegiada sin ningún tipo de enfoque a la protección de la vulnerabilidad del extranjero.

Bajo esta Constitución se inició el proceso y desarrollo de la legislación migratoria en nuestro país: marcado en la diferenciación que la normativa hacía entre la categoría de colonos y extranjeros. Con la idea de comprender estos nuevos conceptos, una primera definición que se comprendía en la época era la del inmigrante como objeto civilizador, propio de la política migratoria del siglo XIX, y por otro lado, como objeto amenazante respecto a la integridad nacional. Aquí no sólo se consideraba a los extranjeros procedentes de naciones fronterizas, sino también a los no europeos (provenientes de países asiáticos) y a los europeos avecindados de manera no regulada[92].

conservaban aún los delincuentes más crueles. Sin embargo, en el caso concreto que se debatió, el Senado resolvió que, puesto que otorgar la carta de naturaleza a un extranjero (que había sido condenado recientemente por un grave delito) implicaba el paso a la ciudadanía, no debía aprobarse su naturalización. Véase PALMA, E., "*Estado constitucional*…", op. cit, p. 512.

[91] GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio. "Desde la influencia del darwinismo social hasta el imperio los derechos humanos inmigración en Chile entre 1907 y 2018", en *Estudios de Derecho*. 2019. Vol. 77, no. 169, p. 333.

[92] DURAN, C. y THAYER, E., op. cit., p. 458. Durante el lapso que fluctúa entre la ley de 1824 y el cuerpo normativo de 1845, en el año 1825 el gobierno de la época envía un comisionado especial a Inglaterra para atraer inmigrantes de dicha nacionalidad.

Posteriormente, en 1838, fue creada la Sociedad Nacional de Agricultura que contemplaba, entre sus objetivos principales, el atraer inmigrantes europeos. En el año 1842 nace la Agencia de Colonización con el objeto de atraer inmigrantes europeos[93]. Esta agencia tuvo una gran importancia en los años siguientes, ya que el discurso predominante en la época justificaba el proceso de colonización europea en la medida que se poblara el territorio local con personas provenientes de países de ese continente, ya que generaba mayor desarrollo[94].

El 18 de noviembre de 1845, fue dictada una ley que autorizaba al Presidente de la República a establecer la calidad legal que asumiría el inmigrante extranjero, al señalar que: "*Todos los colonos, por el hecho de avecindarse en las colonias, son chilenos, y lo declararán así ante la autoridad que señale el gobierno al tiempo de tomar posesión de los terrenos que se le concedan*".

En 1845, fue promulgada la "Ley de colonización". Su objetivo era promover la llegada de extranjeros, explícitamente de origen europeo, que viniesen al país con ánimo de avecindarse en él y ejerciesen alguna industria, además de promover el poblamiento y la colonización de tierras[95]. Esta ley expresa un hito de consolidación de la voluntad estatal por fomentar la inmigración, junto con especificar los beneficios materiales a los cuales serían acreedores los ocupantes de los «terrenos baldíos» disponibles.

La Ley de Colonización sentenciaba, por primera vez, el reconocimiento jurídico-político pleno para los extranjeros llegados al país para los fines de colonización. Además, fue considerada como el primer cuerpo legal de migración, permitiendo consolidar una serie de iniciativas tales como la liberación de franquicias para la importación de maquinaria, otorgamiento de crédito blando y asignación de tierras entre otros. Con ello, como era habitual, se esperaba atraer y retener a la población blanca y europea[96].

[93] DURAN, C. y THAYER, E., op. cit., p. 11.
[94] LARA, M., op. cit., p. 64. Por medio del Decreto del 5 de julio de 1843 se nombró una comisión para examinar los diferentes proyectos de colonización específicamente en los territorios del sur: los deshabitados.
[95] DURAN, C. y THAYER, E., op. cit., p. 38. El 8 de julio de 1856 que reglamentaba la naturalización de los colonos.
[96] STEFONI, C. y CONTRERAS, D., op. cit., p. 85.

En este periodo se generó una gran distinción entre las categorías de colono e inmigrante (extranjero) relacionada con la "amenaza del inmigrante", específicamente en los programas de colonización de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Se trataba de "inmigrantes indeseados": que correspondían a aquellos que llegaban sin vinculación con el programa de colonización. Posteriormente, durante la dictadura del 1973, fue retomado el concepto de "inmigrante indeseado", haciendo hincapié en su peligrosidad, al considerarlos terroristas, comunistas y marxistas[97].

Un ejemplo de esa discriminación y exclusión se materializó en 1864, al nombrarse una comisión para analizar las fórmulas para introducir, de manera general, la inmigración extranjera, publicándose un texto llamado "Base del informe presentado al Supremo Gobierno sobre la inmigración extranjera", elaborado por la comisión especial nombrada con este objeto y presidida por Benjamín Vicuña Mackenna[98]. Este texto establecía un orden de prelación sobre los "mejores" inmigrantes para Chile, entre los que el migrante de origen alemán era considerado el "mejor" por lo especial de su raza. En segundo lugar, situó a los italianos y suizos; y en tercer puesto a los vascos, indicando que su factor desfavorable era el arraigo con su tierra de origen. En cuarto lugar, estaban los belgas; en quinto, los ingleses, escoceses e irlandeses; en sexto los franceses y en séptimo lugar, los españoles.

A los colonos contratados y financiados por el Estado chileno se les ofrecían varias concesiones además del terreno: como una bonificación en dinero, asistencia médica gratuita y materiales para su adecuada instalación. A cambio, se les exigía el compromiso de explotación de las tierras otorgadas y la imposibilidad de venderlas antes de cinco años. Los extranjeros que quisieran acceder a las concesiones prometidas tenían que ser de las nacionalidades estipuladas y contar con una actividad laboral reconocida[99].

---

[97] LARA, M., op. cit., p. 64.

[98] Benjamín Vicuña Mackenna., fue parlamentario y disputado en Chile. Durante sus veinte años en el parlamento, trabajó con entusiasmo en materia como la educación, las relaciones exteriores, la agricultura y las obras públicas, cosechando un amplio reconocimiento político, pero también agudos detractores. Dedicó especial atención a temas como la inmigración extranjera, la ocupación de la Araucanía y la seguridad ciudadana valiéndose de una encendida oratoria, propugnó sus ideas anticlericales y de alzó como adalid del americanismo. BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. "Benjamín Vicuña Mackenna (1831-1886)", en *Memoria Chilena* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 20 de mayo de 2022]. Disponible en http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-561.html.

[99] A su vez, en el mes de enero de 1851 se dicta una ley que permitía al primer mandatario disponer que todos los terrenos baldíos que hubiese en el país para que se convirtieran en territorios de colonización. Véase CANO, V. y SOFFIA, M., op. cit., p. 13.

Desde la época iniciada en 1853 y durante gran parte del siglo XIX, la forma, expectativa y sentido hacia dónde apuntaban estas leyes era la atracción de la población inmigrante europea, ya que eran considerados no solo un aporte para el desarrollo económico del país, sino también como un factor geopolítico de poblamiento y ocupación efectiva del territorio y un referente positivo para la moralización y civilización de las prácticas socioculturales del país[100].

En la década de 1860, aún en el siglo XIX, el auge de la explotación salitrera hizo necesaria una mano de obra específica para atender estas labores. Con este propósito en consideración, se promovió la incorporación de personas de origen asiático[101]. La presencia de inmigrantes fue aumentando entre 1865 y 1960, debido a la llegada de extranjeros de Medio Oriente y Asia quienes, a diferencia de los europeos, no contaban con concesiones ni ofertas concretas para asentarse, ya que provenían de países situados en los niveles más bajos de la jerarquía de inmigrantes que disponía la política migratoria chilena implementada durante esa época.

Entre los grupos que fueron llegando al país destacó la presencia de inmigrantes chinos; quienes fueron incorporados al trabajo de las minas en una gestión que fue promovida durante la segunda mitad del siglo XIX para enfrentar la escasez de mano de obra en el norte del país. También llegaron, de manera espontánea, inmigrantes procedentes de Oriente Medio en los años treinta del siglo XX para dedicarse, la mayoría de ellos, a la actividad comercial, el mismo rubro al que se incorporaría más tarde un importante flujo de coreanos[102].

En síntesis, es válido afirmar que el ideario o modelo de migrante, de este momento histórico en particular, debía responder a rasgos y características especiales y que, en el fondo, recalcaba la preferencia por europeos del norte, dada sus tipologías físicas y culturales[103]. Se hace evidente así el sesgo biológico de la política de la época, cuyo énfasis era el mejoramiento racial, que fue recogido en diversos cuerpos normativos durante toda esta etapa.

[100] DURAN, C. y THAYER, E., op. cit., p. 33.
[101] LARA, M., op. cit., p. 65.
[102] CANO, M. y SOFFIA, M., op. cit., p. 15.
[103] BRAVO, G. y NORAMBUENA, C., op. cit., p. 40.

Uno de los argumentos del programa de colonización era la necesidad de poblar el territorio nacional o más bien disputar el territorio de las comunidades mapuches de las regiones sureñas, así como también estimular el desarrollo y la modernización del país a través de la incorporación de personas de una raza supuestamente «superior». Por esta razón, el 15 de abril de 1872, es creada la Oficina General de Inmigración por medio de un decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Complementando esta disposición, el decreto de 16 de diciembre de 1882 ratificó a la Sociedad Nacional de Agricultura como organismo encargado de atender la instalación de los colonos extranjeros que llegasen al país. Poco antes, el decreto de l0 de octubre del mismo año creaba el cargo de agente general de colonización en Europa, cuya misión era facilitar la venida de colonos al país[104]. Con este hito se hizo posible regularizar oficialmente el ingreso de inmigrantes[105].

A nivel social y político, en 1891 comienza el llamado periodo parlamentario[106]. Las clases populares sostuvieron el desarrollo del modelo económico liberal, cuya explotación facilitó la apropiación del excedente, concentrando el capital en pocas manos y generando pobreza en amplios sectores. Ante la falta de un sistema público de salud, educación y asistencia social accesible para todos, surgieron soluciones privadas y

[104] Ibid., p. 47.

[105] La Agencia de Colonización estableció su base en España desde donde contrataba inmigrantes por medio de un contrato de colonización, los que después eran trasladados a Chile por la compañía de vapores del Pacífico. Considerando los buenos resultados, se facultó la contratación de colonos en Francia, Alemania, Piamonte, Suecia y demás lugares que se consideraran adecuados. el 16 de enero de 1892 y por Decreto Supremo N.º 107, se nombró una comisión cuyo objeto era elaborar un proyecto de ley sobre colonización, migración y tierras fiscales; específicamente a las provincias australes y en el territorio de Magallanes. Por otro lado, el 15 de octubre de 1895, se emitió un reglamento para el Servicio de Inmigración estableciendo las obligaciones de la Agencia General de Colonización e Inmigración entre la Sociedad de Fomento fabril. El 1 de septiembre de 1899, se emitió el decreto sobre la concesión de calidad de colonias inmigrantes libres; el que además dispuso que estos inmigrantes libres, que solicitasen terreno para establecerse como colonos, serían radicados en el sur de Chile y para ello, debían presentar una solicitud fundada indicando su estado civil de casado, buena conducta y competencia en trabajo agrícola. Cfr. CANO, M. y SOFFIA, M., op. cit., p. 14; LARA, M., op. cit., pp. 67-70.

[106] En el año 1874, se aprueban varias reformas que van a alterar el espíritu original de la carta de 1833, principalmente al traspasar al Congreso numerosas atribuciones que se encontraban radicadas en el Presidente de la República. Esto genera varios conflictos entre el Presidente y el Congreso, que alcanzan su máximo punto en el año 1891, en una guerra civil entre ambos poderes en que triunfan los parlamentarios y nace así un nuevo periodo constitucional. Existe debate en la historiografía acerca de la calificación de los sucesos del año 1891 como revolución o guerra civil. Actualmente, la mayoría de la historiografía se inclina por la segunda denominación, debido a que de la guerra no se derivó ningún cambio sustancial en la vida nacional. Se atiende al hecho de que incluso en materia política no hubo novedades significativas, dado que la censura parlamentaria existía desde antes. Véase PALMA, E., "*Estado Constitucional*…", op. cit., p. 636.

solidarias entre los artesanos y algunos sectores que operaban en el reducido ámbito de los servicios. La pobreza de los trabajadores (hombres, mujeres y niños) generó el drama de la cuestión social[107]. La gestación de legislación social a partir de 1906 sentó las bases para una reorganización social que diera satisfacción a las demandas democráticas y republicanas defendidas desde la segunda mitad del siglo XIX: la sociedad se debía construir con participación de diferentes sectores sociales.

En materia migratoria, el 24 de junio de 1905 se dictó un Reglamento de Migración Libre, en el que se expresaba que:

> "*Era inmigrante libre todo extranjero que llegara por vía de las agencias de inmigración para ocupar un trabajo existente o que se propusiera instaurar, que fuera de origen europeo, de Estados Unidos, que fuera agricultor minero o capaz de ejercer un oficio, comercio industria, que fuera menor de 50 años*".

Este reglamento disponía que debían establecerse en Europa dos agencias dependientes de la Inspección General de Tierras y Colonización, que exigieran a los candidatos a inmigrantes una serie de requisitos tales como un certificado de sanidad, de moralidad de oficio, de industria o de comercio[108].

En el año 1907, mediante el Decreto N.° 1.621 de 14 de octubre, se reemplazó la Agencia General de Inmigración por la Inspección General de Colonización e Inmigración, estructurándola en dos reparticiones: una de colonización y otra de inmigración. Estas medidas, sin duda, cierran otro momento del proceso migratorio en Chile. De ahí en adelante, los migrantes disminuirán paulatinamente en número, perdiendo el dinamismo que se le quiso dar en la década de los ochenta del siglo XIX[109].

Con el cambio de siglo, también cambió el perfil migratorio que llegaba a Chile, principalmente porque el país se convirtió en una sociedad receptora, estable en lo político, acogedora en lo social y atractiva en lo económico[110]. El desarrollo y la

[107] PALMA, E., "*Estado constitucional*…", op. cit., pp. 669 y ss.
[108] LARA, M., op. cit., pp.70 y ss.
[109] BRAVO, G. y NORAMBUENA, C., op. cit., p. 55.
[110] Ibidem, p. 86.

estabilidad económica y social de Chile en los lustros anteriores consolidaron al país como un destino migratorio atractivo[111].

Con la entrada al siglo XX también se provocó «un cambalache» en materia migratoria[112], en que los que alguna vez fueron «bienvenidos» pasaron a ser los «indeseables». Esto se apreció, específicamente, en que las normativas que empezaron a regir, a partir de esta época, contenían requisitos aún más estrictos para el ingreso de los inmigrantes, lo que claramente alejaba las pretensiones estatales de atraer a inmigrantes al país, convirtiéndoles ya en un elemento indeseado"[113].

Posterior a 1907, las normas establecidas para el ingreso de inmigrantes tuvieron varias modificaciones, instalando restricciones a aquellos que sustentaban o propiciaban las nuevas corrientes de pensamiento como el socialismo, el comunismo y el anarco-sindicalismo[114]. Esto generó que los migrantes fueran relegados de los sistemas jurídicos de protección estatal y, aún peor, que su configuración jurídica pasara de «colono» a «indeseado». En otras palabras, se pasó a tener una concepción del inmigrante *extraneus* como un extraño, un enemigo.

El encausamiento de la política migratoria nacional fue confirmado con la llamada Ley de Residencia N.° 3.446 de 1918 que, conforme su espíritu y articulado, impedía la entrada al país o la residencia en él de elementos indeseables. La Ley N.º 3.446 ha sido considerada también como la primera medida legislativa del siglo XX en contra de doctrinas que promovieran la violencia para la transformación del sistema sociopolítico del país[115].

---

[111] BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios", en *Estudios Constitucionales*. 2015. Año 13, no. 2, p. 104.

[112] Según la RAE, el concepto de «cambalache» se entiende como un "trueque o intercambio de cosas, generalmente de poco valor".

[113] BRAVO, G. y NORAMBUENA, C., op. cit., p. 64. Por otro lado, el exilio que sufrieron miles de españoles y españolas por la Guerra Civil conllevó que llegaran refugiados a nuestras tierras a través de la operación Winnipeg y modificó hasta cierto punto el perfil de la inmigración, ya que la mayoría de estos contaban con un mayor grado educacional; profesiones y oficios establecidos; así como también algunos eran intelectuales y artistas. Sin embargo, ninguno de estos acontecimientos modificó la perspectiva que se venía manifestando ya hacia la segunda mitad del siglo XX: el paradigma de la seguridad nacional y los inmigrantes como elemento indeseable.

[114] Ibidem, p. 65.

[115] PALMA, E., "*Estado Constitucional*…", op. cit., p. 688.

En su artículo número 2 introducía una serie de elementos referidos a la situación política de los migrantes, en la que se les consideraba un fenómeno policial y de seguridad nacional[116]:

> *"Se prohíbe entrar al país a los extranjeros que practican o enseñan la alteración del orden social o político por medio de la violencia. Tampoco se permitirá el avecindamiento de los que de cualquier modo propagan doctrinas incompatibles con la unidad o individualidad de la Nación; de los que provocan manifestaciones contrarias al orden establecido, i de los que se dedican a tráficos ilícitos que pugnan con las buenas costumbres o el orden público."*

La ley también consignaba la facultad del intendente para expulsar, mediante decreto fundado, a un extranjero que incurriera en los casos mencionados o, en otras palabras, "que hubiese estado condenado, no estuviera actualmente procesado por delitos comunes que el Código Penal calificaría como crímenes, aquellos que no tuvieran o no pudiesen ejercer profesión u oficio para ganarse la vida y a los que tuvieran alguna enfermedad establecida en el artículo 110 inciso segundo del Código Sanitario vigente"[117].

2.2. La Constitución de 1925: origen y necesidad de su promulgación

Previo a la dictación de la carta de 1925, se originaron, en 1874, varias reformas que iban a alterar el espíritu original de la carta de 1833, principalmente al traspasar al Congreso numerosas atribuciones que se encontraban radicadas en el presidente de la República.

Los conflictos entre el Ejecutivo y el Legislativo alcanzaron su clímax en 1891 durante una guerra civil[118]; que dio el triunfo a los parlamentarios. Este periodo se ha conocido como parlamentarismo criollo o "seudoparlamentarismo"[119]. A partir de ese año, se desenvolvió un nuevo orden constitucional de tipo liberal democrático, en el que los

[116] Ibidem, p. 66.
[117] LARA, M., op. cit, p. 72.
[118] Existe debate en la historiografía acerca de la calificación de los sucesos del año 1891 como revolución o guerra civil. Actualmente, la mayoría de la historiografía se inclina por la segunda denominación, atendiendo a que, a partir de la guerra, no se derivó ningún cambio sustancial en la vida nacional. Se atiende al hecho de que, incluso en materia política, no hubo novedades significativas, dado que la censura parlamentaria existía desde antes. Véase PALMA, E., "*Estado Constitucional*…", op. cit., p. 636.
[119] CARRASCO, S., op. cit., p. 302.

partidos políticos jugaron un papel relevante, impulsando el término de la tutela que ejercía la Iglesia en la sociedad y una revisión del entramado normativo[120].

La cuestión social estaba siendo abordada por el Congreso desde 1906; sin embargo, el Parlamento no fue capaz de generar una respuesta frente a una organización social cada vez más fuerte y politizada. La revuelta de septiembre de 1924 se dirigió contra el Congreso: no porque este fuese insensible a las demandas obreras, sino porque se le consideró incapaz de hacer frente a un cuadro más agudo de movilización popular. Se pensó entonces en recomponer la figura institucional del presidente de la República[121].

La Constitución de 1925, promulgada el 18 de septiembre del mismo año, se presentaba como una reforma a la anterior, siendo resultado de un poder constituyente relativamente democrático, fruto de una subcomisión de reforma designada por el presidente Alessandri Palma y ratificada vía referéndum por la presión del ejército de la época, abocado al restablecimiento de la autoridad presidencial y del orden[122]. La creación de esta constitución se realizó en medio de la emergencia de un nuevo modelo de Estado constitucional, el constitucionalismo social[123].

---

[120] Para PALMA, este nuevo régimen de Gobierno debe ser calificado a nuestro juicio como Gobierno de Asamblea. Su antecedente debe buscarse en la fórmula gubernamental de la Constitución española de 1812. Véase PALMA, E., *Estado Constitucional*…, op. cit., p.31. La característica de este régimen es que el Congreso comparte responsabilidades en la conducción del Gobierno, pero éste no cuenta con mecanismos para controlar al Parlamento. Hasta febrero del año 1924, la calificación de este como Régimen Parlamentario resulta inconveniente; ÁLVAREZ, F., op. cit., p. 209. Este periodo hace alusión a una época particularmente atípica por la reducción de autoridad que experimentó la figura presidencial -antaño el gran elector-, potestad que fue transferida al Congreso; en circunstancias que nunca ha existido una forma de gobierno parlamentaria en Chile. (…) A pesar de su brevedad, posee una gran significación como toda fase o época histórica, considerando que, precisamente en esos años, la oligarquía que se formó en la medianía del siglo XIX desplegó su poder, dando origen a un sistema político y a una forma oligárquica de hacer política. Es el periodo en el cual se experimentó la emergencia de los nuevos sectores sociales, el proletariado y los sectores medios, que son el fruto del proceso de modernización.

[121] Ibidem, p. 699.

[122] ZUÑIGA URBINA, Francisco. "Nueva constitución y asamblea constituyente en Chile", en *Revista de Derecho Público*. 2014. No. 91, p. 350.

[123] Ibid., p.174. Se habla de un viejo y siempre raquítico constitucionalismo liberal; que tuvo en Chile destacados exponentes en el siglo XIX (Lastarria, Briseño, Carrasco Albano, Huneeus) y en el siglo XX (Roldán, Guerra, Amunátegui); dado que el constitucionalismo democrático es un brote germinal y débil al igual que el constitucionalismo social. Esta carta fundamental, de corte más bien social, otorgaba al Estado un papel fundamental en el desarrollo económico y sociocultural, estableciendo un Estado social de derecho que se mantuvo hasta 1973[123]. Al mismo tiempo, desde la perspectiva política, el Estado social se vislumbró como una fórmula que buscaba asentar la paz social y la estabilidad política, las que únicamente se podían fundar en la justicia social".

La Carta del 1925 establecía quienes eran chilenos y las causales de pérdida y suspensión de la nacionalidad pero, respecto de las garantías constitucionales, se establecía una limitación sobre aquellos extranjeros que cometiesen delitos relativos al tráfico de personas con fines de esclavitud. A su vez, se reconocía el derecho a sufragio solo a los ciudadanos chilenos que hubieran cumplido veintiún años, que supieran leer y escribir y estuvieran inscritos en los registros electorales[124].

Una de las reformas más importante, que guarda relación con la ciudadanía[125], fue ampliar el derecho a sufragio: permitiendo la participación en los procesos democráticos de grupos históricamente excluidos de sus derechos políticos[126]. De la misma manera, se rebajó el límite de edad de 21 a 18 años y se eliminó el requisito de alfabetización.

Durante el periodo 1932-1938[127], fue proclamada la Ley N.º 6.026, promulgada en 1937. Esta norma establecía delitos contra el orden público y la seguridad interior del Estado, específicamente en la incitación a la subversión del orden público, revuelta y propaganda o fomento de ideas contrarias a las formas de gobierno (artículos 1.º y 2.º).

Esta ley establecía normas de prohibición de entrada al país de extranjeros que profesasen las doctrinas que aborda el número 4) del artículo 1.º de la misma y también a los que fueran miembros de asociaciones u organizaciones destinadas a su enseñanza o difusión. En el caso de extranjeros que se hubieran nacionalizado y hubieran sido condenados por alguno de los delitos establecidos en la ley, serían privados de su carta de nacionalización y podrían ser expulsados del país (Artículo 16).

---

[124] En materia de derechos y libertades consagraba la libertad de manifestación religiosa (artículo 2.º), la libertad de opinión (artículo 3.º), el derecho a reunión (artículo 4.º), el derecho de asociación (artículo 5.º), la libertad de enseñanza, especificando que la educación pública era una atención preferente del Estado, (artículo 7.º), la inviolabilidad del hogar (artículos 10.º y 12.º), el derecho de propiedad intelectual e industrial (art. 11.º), la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 13.º), la protección al trabajo y a las obras de previsión social (artículo 14.º final). Además, establecía que el Estado debía de velar por la salud pública, el bienestar higiénico del país y la libertad de circulación (artículo 11.º). Uno de los principales propósitos de esta carta era cambiar el «seudoparlamentarismo» por un sistema presidencial, para lo cual se estableció que el ejecutivo tenía que ser un *ciudadano con el título de Presidente de la República de Chile, (el cual) administrará el Estado y es Jefe Supremo de la nación*. (artículo 60).

[125] Artículo reemplazado por la Reforma Constitucional contenida en la Ley N.º 17284, de 23 de Enero de 1970.

[126] BASSA, J., "*Estado Constitucional*…", op. cit., p. 8.

[127] Alessandri volvió a ser elegido presidente de la República por una gran mayoría de votaciones, restableciendo el orden del país mediante la vía legal. Durante este periodo, Chile se retiró de la Liga de las Naciones. Sin embargo, para darle continuidad a este régimen, se dictó la Ley de Seguridad Interior del Estado.

A su vez, señalaba los requisitos de ingreso al país, los cuales iban en concordancia con la Ley N.º 3.446, del 12 de diciembre de 1918, que "impedía la entrada al país o la residencia en él de elementos indeseables":

> *"Art. 17 Los extranjeros que entren al país sin estar provistos de pasaportes debidamente visados, o cuya visación no cumpliere con los requisitos exigidos en cuanto a la forma y términos, o no satisfacieren las condiciones en que la autorización correspondiente fue concedida, serán arrestados por las autoridades policiales y expulsados sin más trámites, previo decreto del Ministerio del Interior, Igual pena sufrirán los extranjeros ya establecidos en el país, que dentro del plazo de seis meses, no presenten a las autoridades su documentación en la forma indicada en el inciso anterior. No obstante, cualquier extranjero que se encuentre en alguno de los casos de este artículo, podrá solicitar permiso al Ministro del Interior para permanecer en el país, y ese permiso le será concedido si se trata de persona que no constituya peligro para el Estado.*

Paralelo a los procesos políticos que vivía Europa[128], en nuestro país empezó a cambiar el tipo de migración que se había mantenido durante los procesos de colonización y posteriores por el de una migración espontánea. Por esta razón, en 1940 se elaboró una ley que normalizaba las diferencias entre inmigrantes libres (es decir, espontáneos) y

[128] Paralelo a este proceso, la guerra civil española generó una gran cantidad de personas solicitantes de asilo en los países americanos que habían formado parte de sus colonias. Chile respondió esta solicitud manteniendo el principio del derecho a asilo para los refugiados en recintos diplomáticos. ALDUNATE, R. "Chile y el derecho de asilo", en *América / semanario del Comité Chileno (C.Ch.A.R.E.) de Ayuda a los Refugiados Españoles*. Santiago de Chile: Antares, 1939. Importante es el proceso de asilo que realizó Pablo Neruda, quien fuera nombrado Cónsul especial para la inmigración española por Pedro Aguirre Cerda, en apoyo de los refugiados españoles. Hasta su intervención, las organizaciones de ayuda a los refugiados españoles habían planeado, originalmente, rentar un barco hacia México. Sin embargo, después se cambió el destino a Chile: esto fue fruto de su labor, en calidad de cónsul de Chile en Barcelona, gestionando a través de la embarcación del Winnipeg la salida de más de dos mil refugiados españoles. El barco de la esperanza, como fue conocido, zarpaba desde las costas francesas el 4 de agosto de 1939 rumbo al puerto de Valparaíso en Chile. Esta nueva inmigración impulsó el desarrollo económico del país, dado que muchos de estos refugiados eran panaderos y campesinos. También significó un aporte al desarrollo intelectual y cultural; al que contribuyeron grandes figuras como el pintor José Balmes. El desarrollo logrado por España en las primeras décadas del siglo XX permitió que el exilió exhibiera características diferentes a la emigración económica tradicional. BRAVO, G. y NORAMBUENA, C., op. cit., p. 70. El perfil de los refugiados respondía, en un gran número, a personas con un nivel de escolaridad media y muchos con una formación intelectual ya meritoria o en formación. Este antecedente es clave para entender los efectos derivados del derecho de asilo y de la empresa de capital humano que hizo del exilio republicano un valioso aporte en Chile: tanto en el desarrollo de las artes y de las letras como en la formación de nuevas generaciones universitarias.

[128] SALGADO, Alfonso. "La Guerra Fría Chilena: Gabriel González Videla y la Ley Maldita. Carlos Huneeus" (reseña), en *Revista de Historia Iberoamericana*. 2011. Vol.4, no. 2, pp. 145- 148.

colonizadores. Durante ese mismo año, se envió al Congreso un proyecto de ley en materia migratoria, el cual no fue aprobado por motivos presupuestarios. Posteriormente, el Consejo Consultivo de la inmigración es institucionalizado, con la expectativa de recibir una gran corriente migratoria producto de la Segunda Guerra Mundial[129]. Esto sirvió de fundamento para la creación de la Comisión Coordinadora de Inmigración el 7 de mayo de 1945, encargada específicamente de la política migratoria por el déficit demográfico existente.

De esta forma, y con el objeto de fomentar la llegada de personas con aún más experiencia y capacidad técnica, en el año 1946 el Departamento Consular modificó el Decreto N.º 120, cambiando la inmigración libre por la inmigración controlada. Asimismo, suprimió la exigencia de un depósito de garantía para solicitar la llegada de los europeos[130]. El hecho de que esta migración fuese espontánea conllevó que fuera superior numéricamente a la programada y promovida por el Estado, lo que implicó que, desde 1947, se comenzara a adoptar una política que regularía este tipo de inmigración, permitiendo con ello la llegada de inmigrantes vinculados a situaciones específicas como el comercio; el trabajo, en actividades relacionadas al salitre o al cobre, entre otras[131].

El año 1953 es clave desde muchos puntos de vista. Fue un año de elecciones parlamentarias en el que, por primera vez, las mujeres podrían ejercer su derecho a sufragio[132]. Además, en materia de migraciones, fue promulgado el Decreto con Fuerza de Ley N.º 69 del 8 de mayo, que dio continuidad a la necesidad de contar con un plan migratorio, pero incorporando un carácter más industrial que se sumó al agrícola inicial.

[129] MEZZANO, Silvia. "Políticas de inmigración en Chile desde 1845 hasta 1992", en *Revista Diplomacia*. 1995. No. 68, p. 70. El Winnipeg resulta un antecedente interesante para la construcción de una institucionalidad de este tipo, porque lo que autoriza Chile en 1939 es una determinada tipología de refugiado estableciendo la figura del cónsul para la inmigración en Pablo Neruda. En virtud de los acontecimientos ocurridos en Europa, el 7 de febrero de 1940, el gobierno chileno firmó con la Organización Internacional para los Refugiados un compromiso de enviarle las listas de personas que eran necesarias en nuestro país, indicando profesión.
[130] LARA, M., op. cit., p. 70.
[131] STEFONI, C. y CONTRERAS, D., op. cit., p. 86. A la vez, la entidad se comprometió a entregar a las autoridades nacionales las solicitudes de los postulantes para que fuesen seleccionados. Así fue como se aceptó que llegasen hasta 2000 inmigrantes con sus familias, terminando este compromiso en 1951.
[132] En 1934 se aprobó el voto femenino para las elecciones municipales, mediante la Ley N.º 5357, y en 1949 con la Ley N.º 9292 para las elecciones presidenciales y parlamentarias. Las mujeres votaron por primera vez en las elecciones presidenciales de 1952.

El principio racial que inspiró a los programas de colonización se mantuvo sin modificación, pero teniendo presente que "la migración con elementos de selección contribuirá a perfeccionar las condiciones biológicas de la raza". Si bien esta ley buscó facilitar la radicación de trabajo, desarrollo y adaptación de los migrantes que ingresaban a Chile, sus disposiciones estuvieron dirigidas solo a los migrantes que eran deseables para el desarrollo del país[133].

Esta normativa nace en un gobierno de corte nacionalista, que estableció como principio la tarea del Departamento de Inmigraciones de ejercer el control y la supervigilancia de los extranjeros que ingresasen al país. Sin embargo, pretendía también mantener la política de migraciones enfocada hacia un incremento de la capacidad productora y técnica del país; teniendo siempre en cuenta la selección de inmigrantes para el perfeccionamiento de las condiciones biológicas de la raza.

Esto es reflejado en el artículo 3.º de la ley, respecto a las funciones que debía desempeñar el Departamento de Inmigración:

> *Artículo 3.- Son funciones del Departamento de Inmigración: a) Proponer todas las iniciativas que convenga adoptar en lo relativo a una política de inmigración que incremente la capacidad productora y técnica del país y que mantenga y asegure la unidad espiritual de la nación, mediante la incorporación de elementos aptos y fácilmente asimilables, evitando el ingreso de individuos indeseables o inadaptable.*

Por su parte, este D.F.L. definía quien era considerado inmigrante, señalando que *es el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones del presente Decreto con Fuerza de Ley* (Artículo 5.º). Además, establecía los tipos de migración, ya sean libres o dirigidas (artículo 8.º), entendiendo la inmigración libre como aquella en que el extranjero costea los gastos de su viaje y su establecimiento en Chile (artículo 9.º) y dirigida, aquella que se efectúa con el propósito de radicar al inmigrante en una zona determinada del país, para que se dedique a labores agrícolas, forestales, ganaderas, mineras, pesqueras, industriales u otras que, para cada caso,

[133] STEFONI, C., op. cit., p. 86.

determine el Ministerio de Relaciones Exteriores (Artículo 10.º). La normativa descrita continuaba con el proceso de instalación de colonos, otorgando la facultad de la ubicación y destinación de tierras fiscales por parte del presidente de la República, cumpliendo con la normativa vigente sobre tierras y colonización (artículo 13.º).

El reglamento de este texto fue dictado el 27 de noviembre de 1953, mediante Decreto N.º 521 del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuyo artículo 12 establecía la prohibición de ingreso a los extranjeros que:

> *Art. 12.- Se prohíbe la entrada al territorio nacional a los extranjeros que:*
> *1.- Propaguen o fomenten de palabra o por escrito, o por algún otro medio, doctrinas que tiendan a destruir por la violencia el orden social y la organización política y jurídica de la Nación, y a los que sean miembros de asociaciones u organizaciones destinadas a su enseñanza y difusión;*
> *2.- Hayan sido condenados o que estén actualmente procesados en sus respectivos países por delitos que el Código Penal califica de crímenes.*
> *3.- No tengan o no puedan ejercer profesión u oficio que los habilite para ganarse la vida.*
> *4.- Padezcan de un defecto orgánico incurable tal como sordomudez, ceguera, demencia o idiotismo o mutilación que no le permita ejercer profesión u oficio para ganarse la vida, y*
> *5.- Padezcan de tracoma, lepra o cualquiera otra enfermedad infectocontagiosa.*

La idea de depuración en el ingreso al país resultaba evidente, ya que no solo se consideraban aspectos vinculados al poder adquisitivo o al desarrollo profesional de los extranjeros que vienense al país, sino también cuestiones físicas y mentales.

Se comprueba también una cierta continuidad respecto a la legislación de 1845. La Ley de 1953 se mantuvo al establecer, por un lado, aquella inmigración que era bienvenida en la medida que se asumía fácilmente asimilable y aportaba el desarrollo económico, social y cultural del país y, por otro lado, al establecer un tipo de migración distinta, catalogada como inadaptable y por ende frecuentemente rechazada. Los mecanismos de control que establecía la ley eran suficientes para detectar estos casos indeseables y dificultar su ingreso.

En 1959 fue promulgada la Ley N.º 13.353, que señalaba que los inmigrantes continuarían rigiéndose por las disposiciones establecidas en la Ley de 1953 sin perjuicio de las nuevas normas establecidas. A modo de ejemplo: si el ingreso no se ajustaba a la ley, los extranjeros podían ser sujetos al control inmediato de las autoridades y trasladados a un lugar habitado del territorio mientras se regularizaba su estadía o expulsión y, a su vez, establecía motivos de revocación de los permisos de ingreso y permanencia; simultáneamente, el Ministerio del Interior fijaba un plazo prudencial de 72 horas para el abandono voluntario del país y, si éste no ocurría, era dictado el decreto fundado de expulsión. Esta ejecución, ya fuera procedente del decreto del intendente o del gobernador, tenía la facultad de ordenar allanamientos en hogares o lugares de trabajo[134].

En 1960, se estableció, mediante Decreto N.º 5.124 del 29 de octubre del Ministerio del Interior, el texto refundido sobre nacionalización de extranjeros, cuyo artículo 3.º prohibía el acceso a este derecho en el caso de los condenados, procesados por delitos simples o crímenes, e incapacitados para ganarse la vida.

Como se puede constatar, en esta fase, la inmigración y abundante regulación estuvo encaminada principalmente a poblar y atraer, a través de estos inmigrantes, más desarrollo, tecnología e industria[135], pero manteniendo el sesgo biológico/racial; en la medida que solo podían ingresar al país ciertos grupos de extranjeros cuya presencia significara un mejoramiento de la raza chilena.

3. Tercera etapa: del modelo neoliberal hasta el texto constitucional de 1980

Previo al establecimiento del modelo neoliberal en Chile, hacia el año 1964, asumía como presidente de la República Eduardo Frei Montalva[136], tras haberse enfrentado en esas elecciones al senador Salvador Allende Gossens. Durante su gobierno, se realizaron

[134] LARA, M., op. cit., p. 77.
[135] Ibidem, p.79.
[136] Eduardo Frei Montalva, vinculado al pensamiento social cristiano, participo del nacimiento de la Falange Nacional y su posterior fundación como partido independiente. Al iniciar la década del cuarenta asumió la presidencia de esta, iniciando su carrera política siendo designado Ministro de Obras Públicas en 1945 y senador por Atacama y Coquimbo en 1949. Posteriormente, fundó el partido Demócrata Cristiano. Sus reformas como la agraria, la chilenización del cobre y la promoción popular tuvo una tenaz oposición de los partidos de izquierda y derecha. La inflación resultante al término de su periodo hizo caer su popularidad. BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. "Eduardo Frei Montalva (1911-1982)", en *Memoria Chilena* [en línea]. s/f. [consulta: 27 de mayo de 2022]. Disponible en http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3366.html.

importantes modificaciones a la Constitución de 1925; siendo la más relevante (vinculada al proceso de reforma agraria[137]) la dictación de la ley de Reforma Constitucional N.º 16.615, promulgada el 20 de enero de 1967 bajo el amparo del artículo N.º 10, que limitaba el ejercicio del derecho de propiedad *a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social*[138].

El impacto de esta norma en la sociedad chilena fue significativo, puesto que "comenzó un fuerte proceso de expropiación y redistribución de la propiedad, preferentemente agrícola, destinado a asegurar la efectiva explotación de la tierra. Este proceso significó un creciente foco de conflicto político y social, aunque democratizó la tenencia de la tierra y permitió difuminar y relativizar, frente a la sociedad, el poder político ejercido desde la gran propiedad territorial privada"[139].

Otra de las reformas más importantes fue a la ampliación de la ciudadanía en 1970. Esta medida amplió el derecho a sufragio, permitiendo la participación en los procesos electores a nuevos grupos de la población. Se disminuyó el límite de edad a los 19 años y se eliminó el requisito de alfabetización[140].

En 1970 fue elegido presidente de la República Salvador Allende. Durante este gobierno, se profundizó la polarización política de la sociedad debido a sus medidas, especialmente aquellas de carácter económico; generando un abierto rechazo por parte de los sectores de la oposición política más conservadora. La radicalización de la "reforma agraria", los

[137] La ley de Reforma Agraria N.º 16640, de 28 de julio de 1967, tenía por objeto dar acceso a la propiedad de las tierras a quienes la trabajaban, señalando un máximo de superficie por zonas agrícolas que podrían conservar sus propietarios, facilitando y dotando de drasticidad al proceso expropiatorio. CAMPOS, F., op. cit., p. 323.
[138] BASSA Jaime. *El Estado Constitucional. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2008, p. 8.
[139] Ídem.
[140] Ibidem, p. 9. Esta reforma es de suma importancia ya que, como se verá más adelante, son estos derechos suprimidos en la dictadura militar los que posteriormente, en la Constitución de 1980, se escriben en clave neoliberal. La reforma constitucional reconoce o aumenta, entre otros, los siguientes derechos: "1. La libertad de opinión, complementada con la garantía del pluralismo del sistema democrático; 2. La regulación del ejercicio del derecho de reunión se extrae de la competencia de la policía y pasa al legislador; 3. Se establece la obligatoriedad de la educación primaria como una función primordial del Estado, garantizando el carácter pluralista y democrático de la educación pública; 4. Se constitucionaliza el derecho al trabajo, a su libre elección, a una remuneración justa y a la participación en los beneficios que genera y se reconoce el derecho a la sindicalización y a la huelga; 5. La policía pierde la facultad de regular la libre circulación, que es entregada al legislador; 6. Se reconoce expresamente el derecho a participar de la vida en comunidad, tanto de los aspectos políticos, como sociales, culturales y económicos; 7. Existe un expreso reconocimiento a los derechos económicos sociales y culturales, estableciendo la obligación del Estado de tomar las medidas necesarias para su satisfacción."

proyectos de reforma del sistema educativo (que en Chile se caracterizaban por un énfasis en la libertad de enseñanza por sobre el derecho a la educación), la nacionalización de empresas estratégicas, la toma de industrias, el descontrol del orden público, el desabastecimiento de alimentos, entre otros hechos, generaría un juicio negativo sobre el desempeño del gobierno[141].

En este clima de crisis política y social, las Fuerzas Armadas, bajo el mando del General del Ejército Augusto Pinochet Ugarte, se organizaron para derrocar el gobierno del presidente Salvador Allende, justificándose en el restablecimiento del orden público, la seguridad del Estado y sobre todo la abolición del modelo estatal marxista. El 11 de septiembre de 1973, las Fuerzas Armadas bombardearon el Palacio de la Moneda, donde se encontraba el presidente Allende junto a algunos de sus ministros y colaboradores más cercanos. La brutalidad del ataque no sólo repercutió en la ciudadanía, sino también en todas aquellas personas militantes de partidos o grupos vinculados al Gobierno de la Unidad Popular.

La Fuerzas Armadas asumieron el control y poder del Estado mediante una Junta Militar de Gobierno, la cual designó al general Pinochet como presidente de la República de Chile. Este gobernaría por 17 años en una dictadura cívico-militar, que vulneraría toda clase de derechos fundamentales de las personas, estableciendo mecanismos de tortura, persecución ideológica, desaparición forzada, entre otros. Disolvería también el Congreso Nacional, expulsando y desterrando tanto a chilenos como a extranjeros contrarios a esta nueva forma de gobierno y atribuyéndose el poder constituyente mediante los Decretos Leyes[142]. El Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 puso fin al gobierno democrático terminado *de facto* con la vigencia normativa de la Constitución de 1925.

Durante la dictadura chilena se instaló por la fuerza una nueva concepción constitucional de orientación antirrepublicana[143]. Esto conllevó, como se ha indicado, a la supresión del

[141] VIERA ÁLVAREZ, Christian. "Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente", en *Revista de Derechos Fundamentales*. 2011. No. 5, p. 153.
[142] Los Decretos Leyes correspondían a normas con carácter de ley pero que eran dictadas en gobiernos totalitarios sin discusión parlamentaria al efecto; es decir, no hay un mandato de la soberanía nacional enfocado en un Parlamento que discuta y genere de ahí la ley a efecto; sino qué es originado directamente del dictador. Ver HENRIQUEZ, Miriam. *Las fuentes del orden constitucional chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2016.
[143] RUIZ TAGLE, P., op. cit., p. 126.

Congreso Nacional y a la persecución y exilio de muchos y muchas chilenas, alterando los flujos migratorios de emigración y dictando una normativa enfocada en la seguridad interior del Estado y el control de fronteras. Además, el golpe de Estado no sólo depuso al presidente constitucional, sino que también inició un proceso de profunda transformación en la sociedad chilena en múltiples ámbitos, sobre todo en el político-institucional y en el económico-social .

La Junta Militar tomó el mando de la nación de manera dictatorial, atribuyéndose el poder constituyente mediante los Decretos Leyes N.º 1, N.º 128 y N.º 788[144], confundiendo legitimidad con legalidad y asumiendo el mando supremo de la nación. La Constitución de 1925 fue reformada varias veces hasta que, mediante derogación, perdió su vigencia. El ejercicio de las funciones públicas, hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1980, fue regulado por el «Estatuto Orgánico de la Junta de Gobierno».

Una de las primeras modificaciones fue mediante el Decreto Ley N.º 175 de fecha 10 de diciembre de 1973, que en su artículo único disponía que, para los efectos de la pérdida de la nacionalidad de la causal 4.º: "*Por atentar gravemente desde el extranjero contra los intereses esenciales del Estado durante las situaciones de excepción previstas en el artículo 72, número 17*[145] *de esta Constitución Política",* era necesario el decreto supremo fundado, previo acuerdo del Consejo de Ministros, el que, de todas formas, debería considerar el informe escrito de la autoridad diplomática o consular respectiva.

[144] CHILE. Decreto Ley N.º 1551, de 11 de septiembre de 1976, correspondiente al Acta Constitucional N.º 2 "Bases de la Institucionalidad Chilena. Diario Oficial de la República de Chile, 13 de septiembre de 1976, número 29558, 8 páginas. Mediante este Decreto Ley, se modifica la Constitución de 1925, suprimiendo los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º, estableciendo el concepto tradicional de familia católica como núcleo esencial de la sociedad. Se suspende el artículo 9.º sobre garantías constitucionales mediante el artículo 8.º transitorio del Decreto Ley N.º 1552, publicado el 13 de septiembre de 1976. Se derogan los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 19 y 20 relativos a inviolabilidad de las propiedades, del hogar, correspondencia, protección al trabajo, libertad de circulación y debido proceso.

[145] Decreto Ley N.º 1551: *Artículo 72: Son atribuciones especiales del Presidente: Declarar en estado de asamblea una o más provincias invadidas o amenazadas en caso de guerra extranjera, y en estado de sitio, uno o varios puntos de la República, en caso de ataque exterior.*

En caso de conmoción interior, la declaración de hallarse uno o varios puntos en estado de sitio corresponde al Congreso, pero, si este no se hallare reunido, puede el Presidente hacerlo por un determinado tiempo.

Si a la reunión del Congreso no hubiere expirado el término señalado, la declaración que ha hecho el Presidente de la República, se entenderá como una proposición de ley.

Por la declaración de estado de sitio, sólo se conceden al Presidente de la República la facultad de trasladar las personas de un departamento a otro y la de arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes.

Las medidas que se tomen a causa del estado de sitio no tendrán más duración que la de éste, pero con ellas no se podrán violar las garantías constitucionales otorgadas a los diputados y senadores.

De igual forma, permitió que el afectado por la pérdida de nacionalidad chilena de esta causal pudiese recurrir ante la Corte Suprema en un plazo de 30 días, contados desde la publicación del decreto en virtud del que se disponía la sanción, resolviendo la Corte a modo de jurado.

Mediante el Decreto Ley N.º 1.551 de 13 de septiembre de 1976, correspondiente al Acta Constitucional N.º 2 denominada "Bases de la Institucionalidad Chilena", era modificaba la Constitución de 1925, suprimiendo los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º y estableciendo el concepto tradicional de familia católica como núcleo esencial de la sociedad. Además se suspendió también el artículo 9.º sobre garantías constitucionales mediante el artículo 8.º transitorio del Decreto Ley N.° 1.552, publicado el 13 de septiembre de 1976. por último, fueron derogados los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 relativos a la inviolabilidad de las propiedades, del hogar, de la correspondencia, de la protección al trabajo y de la libertad de circulación, previo proceso.

En materia de extranjería, una vez instaurado el régimen militar, mediante Decreto Ley N.º 81 de 6 de noviembre de 1973 se estableció la opción de que el gobierno expulsase del país a los extranjeros que contraviniesen las disposiciones del artículo 8.º del Código de Justicia Militar[146]. Este enfoque se consolidaría mediante el Decreto Ley N.º 1.094 de 1975, conocido como "ley de extranjería".

3.1. El Decreto Ley N.º 1.094 de 1975 y el modelo de seguridad interior

Iniciado el régimen militar, se generó un drástico cambio en los flujos migratorios y extranjeros que llegaban al país. Chile desarrolló una política de expulsión de nacionales contrarios al régimen, pero también de extranjeros, alterando a su vez las políticas de recepción de inmigrantes y refugiados.

El 19 de julio de 1975 se publicó el Decreto Ley N.º 1.094[147], que estableció normas sobre extranjeros en Chile, conocido como «ley de extranjería». Este decreto se caracterizaba

[146] JARUFE BADER, Juan Pablo. "Historia de la legislación Migratoria Nacional", en *Biblioteca del Congreso Nacional* [en línea]. 2018, p. 3. [Fecha de la consulta: 21 de junio de 2022]. Disponible en https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=72883

[147] Cabe señalar que los Decretos Leyes correspondían a normas con carácter de ley pero que eran dictadas en gobiernos totalitarios sin discusión parlamentaria al efecto, es decir no hay un mandato de la soberanía

por conceder una amplia discrecionalidad al Ministerio del Interior para conceder visas, prórrogas y permanencias definitivas, así como el establecimiento de sanciones y expulsiones, considerando la conveniencia y utilidad para el país y la reciprocidad internacional. Muestras de esta discrecionalidad y cambio de paradigma se encontraban en sus artículos 2.º y 13.º

En el primer caso, el artículo 2.º señalaba que: "*Mediante decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o de seguridad nacionales".* Lo que significaba entregar a la potestad reglamentaria la posibilidad de prohibir el ingreso de extranjeros al país de manera discrecional.

Esto quedaba reflejado en la redacción del artículo 13, al establecer 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.*
>
> *Las referencias que deberán contener las solicitudes que presenten los extranjeros, para el otorgamiento de estos permisos, los plazos dentro de los cuales deben presentarlos, los documentos que deberán adjuntar y el trámite de ellos, serán establecidos en el reglamento".*

Las visaciones de extranjeros que se encontrasen fuera de Chile serían resueltas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con las instrucciones generales conjuntas que impartiesen los Ministerio del Interior y Relaciones Exteriores, ajustadas a la política de migraciones fijadas por el supremo Gobierno (artículo 6.º, inciso 2.º).

El Decreto Ley N.º 1.094 retomaba la idea de la selección del inmigrante del D.F.L N.º 66 de 1953, pero cambiando el criterio de selectividad de inmigrantes en función de un

nacional enfocada propiamente tal en un Parlamento, que discuta y nazca de ahí la ley a efecto, sino qué es originado directamente del dictador.

nuevo modelo de desarrollo: estableciendo los principios nacientes del neoliberalismo. El texto señalaba que no se permitiría el ingreso a aquellos que no pudiesen demostrar una actividad laboral y fuesen una carga para el Estado[148]. Esto, sumado a la crisis económica de la época y al cambio de un país expulsor de nacionales y extranjeros, conllevó que el paradigma migratorio se basara en la política de seguridad nacional, ya que los extranjeros eran vistos como una amenaza al orden y régimen imperante y contrarios a la ideología de la dictadura.

El Decreto Ley de Extranjería reemplazó el uso de la categoría migrante por el de extranjero, lo que puede interpretarse como un esfuerzo por alejarse del significado tradicional de migrante (asociado a los procesos de colonización y poblamiento en el sur del país) y para instalar un nuevo referente que reforzaría la idea de peligro[149].

Respecto a las prohibiciones de ingreso, resulta paradójico que la misma norma de 1907 fuese reproducida en el Decreto Ley de 1975, bajo la siguiente fórmula:

> *Artículo 15.- 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.*

La dictadura militar mantuvo, entre los años 1973 y 1989, normas excesivamente estrictas dentro de la doctrina de la seguridad nacional, considerando que "cualquier extranjero podría ser sospechoso de atentar contra el estado político del país". Como señalan BRAVO y NORAMBUENA, más que una política migratoria, esto constituyó un

[148] ACEITUNO SILVAR, David y QUINTEROS VENEGAS, José Manuel. "Antecedentes y herencias de la dictadura chilena en las ideas y legislación sobre migración (1953 – 2018), en *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*. 2019. Vol. 24, no. 2, p. 61.
[149] STEFONI, C., op. cit., p. 83.

instrumento acorde con las restricciones de libertad y los derechos humanos: “prohibir el ingreso al país a extranjeros que propagaran de palabra o por escrito doctrinas que fueran contrarias al orden establecido, agitadores y en general quienes atentan contra la seguridad interior y exterior del Estado”[150].

La normativa sancionaba penalmente y con inmediata expulsión, una vez cumplida la condena correspondiente, a los extranjeros que ingresaran con documentos falsos, adulterados o expedidos a nombre de otros; así como a aquellos que ingresaran clandestinamente al país, por lugares no habilitados o existiendo respecto de ellos impedimentos o prohibiciones de ingreso (artículos 68 y 69). La norma señalaba que, respecto a estos delitos, no procedía la libertad provisional ni la remisión condicional de la pena. Posteriormente, el primer elemento se eliminó: no por su significado, sino porque en el año 2002, se reformó el sistema procesal penal chileno, en el cual se consideró la libertad provisional del imputado como regla general.

La discrecionalidad en la medida de expulsión se vería reflejada en el caso de que el extranjero fuese turista, ya que ahí el acto administrativo era una mera resolución exenta del trámite de toma de razón de la Contraloría General de la República; a diferencia de los otros tipos de visaciones que debían ser dispuestas por el Ministerio del Interior mediante decreto supremo fundado.

Por último, esta normativa contemplaba un único recurso judicial para reclamar la expulsión, el cual debía ser interpuesto en única instancia ante la Corte Suprema en un plazo de 24 horas desde que se hubiese tomado conocimiento de la medida. Durante el plazo de la resolución del Tribunal, el extranjero era privado de libertad en un establecimiento carcelario u otro que dispusiese la autoridad administrativa. Evidentemente, esto vulneraba las normas del debido proceso pero, atendiendo a que la Constitución de 1925 había quedado sin vigencia y por ende no existía un catálogo de derecho y garantías, no existía alguna vía para reclamar las vulneraciones y arbitrariedades que sufrían los extranjeros en sus procesos de expulsión.

[150] Ibidem, p. 72.

Para dar operabilidad al Decreto Ley se dictó su primer reglamento mediante Decreto Supremo N.º 1.306 de 16 de febrero de 1976 del Ministerio del Interior, el cual reiteraba la discrecionalidad administrativa de la autoridad en el otorgamiento de permisos., Este decreto disponía que, para otorgar visaciones a los extranjeros que deseasen ingresar en calidad de residente, los funcionarios del servicio exterior debían exigirles, entre otros requisitos, una declaración jurada en la que se comprometieran a no participar durante su estadía en Chile en la política interna y en actos que pudieran inferir molestia a los gobiernos con los cuales se mantenían relaciones amistosas, así como a respetar y cumplir la Constitución política, las leyes, decretos y disposiciones que regían en el territorio de la República (artículo 15 del Reglamento).

Esta relación ley/reglamento se encontraba en tensión en el derecho de inmigración en Chile. Por ejemplo, en lo relativo a la configuración de las causales que inhabilitaban el ingreso al país de un ciudadano extranjero, el artículo 28 del Reglamento desbordaba la configuración legal, al delegar en otro decreto supremo la competencia para establecer nuevas prohibiciones basadas en razones no contempladas en el Decreto Ley. Esta habilitación competencial decreto-a-decreto no sólo vulneraba el principio constitucional de reserva de ley como garantía al ejercicio de los derechos fundamentales, sino también excedía el marco constitucional de la potestad reglamentaria de ejecución[151].

Respecto a las solicitudes de asilo político de un extranjero que hubiera ingresado irregularmente al país, el Título V del Decreto Ley establecía que el Ministerio del Interior otorgaría o no la visación correspondiente, previo informe de la Dirección General de la Policía de Investigaciones. Lo relevante es que, mientras se tramitaba esta solicitud, la persona debía permanecer en el lugar de ingreso o bien, ser trasladada al lugar que determinara la autoridad. No obstante, ante fundados temores de que el solicitante pudiera evadir los controles o medidas de vigilancia, o no presentar sus antecedentes para su identificación, se le podía privar de libertad hasta por 15 días, incluso decretando esta medida por razones de conveniencia o seguridad. La Dirección General de Investigaciones debía llevar el registro de estas personas y el Ministerio del Interior podía incluso fijar lugar de residencia y lugares donde no podían transitar, domiciliarse o residir[152].

[151] BASSA, J. y TORRES, F., op. cit., p. 111.
[152] LARA, M., op. cit., p. 85.

En el año 1976, se dictó el Decreto Ley N.º 1.432 de 20 de mayo de 1976, que modificaba las normas en materia de nacionalización contenidas en el decreto del año 1960. Esta medida alteró el sistema de renuncia de la nacionalidad, estableciendo los derechos a pagar por los extranjeros y agregando como requisito el ser titular de un permiso de permanencia definitiva.

La ley de extranjería sufrió varias modificaciones durante la dictadura, entre las cuales destaca la obligación de presentar documentos que diesen cuenta de la calidad moral, antecedentes policiales y aptitudes para el trabajo y salud de aquellos extranjeros que viniesen a radicarse y trabajar en Chile, así como el compromiso de terminar la cartilla de inmigración (Decreto Supremo N.º 17 de 29 de junio de 1977, que sustituyó el reglamento consular de 1936). Otras modificaciones fueron aquellas introducidas por el Decreto N.º 236 del 27 de mayo de 1978 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que permitía a aquellos que ingresasen en calidad de turista presentar pasaporte o cédula de identidad si existiera convenio con el país de origen, aumentando además el plazo en que, excepcionalmente, los turistas podían ejercer actividades remuneradas. Por último, mediante Decreto Ley N.º 1.883, del 26 de agosto de 1977, se otorgó la posibilidad de reemplazar la sanción de multa establecida para infracciones menores por una amonestación por escrito.

Es importante destacar la creación, en el año 1977, mediante Decreto N.º 888 de la Comisión de Asesoría y Coordinación de Migraciones: órgano de carácter permanente integrado por diversos representantes de Ministerios e instituciones del Estado, incluyendo las policías, cuya función era asesorar al Ministro del Interior en el diseño y mantención de una política nacional migratoria, recomendando medidas para la coordinación de los servicios públicos relacionados con el ámbito de extranjería y migración[153].

Por último, en el año 1979, mediante el Decreto Ley N.º 2.460, que dicta la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, se incorporó el control migratorio (ingresos, salidas y fiscalización de extranjeros) a las funciones de este cuerpo policial.

[153] Véase LARA, M., op. cit., p. 87; JARUFE, J., op. cit., p. 4.

3.2. El texto constitucional de 1980.

La Junta Militar de Gobierno se propuso, como tarea esencial, la redacción de una constitución, para lo cual convocó a varios juristas cercanos al nuevo régimen, incluso algunos considerados como funcionarios de exclusiva confianza del Jefe de Estado. Este grupo fue conocido como la "Comisión Ortúzar", denominada así por el nombre de su presidente, Enrique Ortúzar[154].

El trabajo de esta comisión fue materializado en las llamadas "Actas Constitucionales"[155], que eran decretos leyes promulgados por la Junta Militar de Gobierno en que se regulaban los aspectos centrales de la nueva institucionalidad y que, posteriormente, pasaron a formar parte de la Constitución de 1980[156]. Todas se dictaron durante 1976 y abordaron temáticas como el Consejo de Estado, bases de la institucionalidad, derechos y deberes constitucionales y estados de excepción constitucional. La obra de la comisión consistió en la elaboración de un Anteproyecto de Constitución. Sin embargo, este no tenía el carácter de constituyente, aun cuando recibió esa denominación[157].

Posteriormente en 1978, el General Pinochet solicitó al Consejo de Estado su opinión sobre el Anteproyecto[158], introduciendo algunas modificaciones de carácter formal y aumentando el número de disposiciones transitorias. En 1980, se entregó el proyecto de constitución a la Junta de Gobierno, convocándose a la ciudadanía para un plebiscito de ratificación el 11 de septiembre de 1980. Hubo dos opciones: sí y no, ganando la primera

---

[154] BASSA, J., "*Estado Constitucional*…", op. cit., p. 13.; VIERA, C., "*Análisis crítico*…", op. cit., p. 156. Como se ha señalado, a Jaime Guzmán le cabe un importante rol en la asesoría jurídica de la Junta militar y la impronta de Schmitt es parte de su ideario político. "De hecho, la concepción schmittiana del Poder Constituyente le permite construir el régimen de Pinochet como una dictadura absoluta y no meramente comisaria." Como dictador soberano o absoluto, Pinochet elimina la totalidad del orden constitucional existente y genera una nueva Constitución.

[155] Véase COMISIÓN ORTÚZAR. "Actas Comisión Ortúzar", en *Antecedentes Constitucionales Constitución de 1980* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 27 de junio de 2022]. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/consulta/antecedentes_const_1980

[156] BASSA, J., "*Estado Constitucional*…", op. cit., p. 13.

[157] VIERA, C., "*Análisis crítico*…", op. cit., p. 155; CRISTI, Renato. "La génesis de la Constitución de 1980: una lectura de las Actas de la Honorable Junta de Gobierno", en *Revista Ciencia Política*. 1998. Vol. 19, no.2.

[158] La Comisión Ortúzar fue un Consejo de Estado y un organismo consultivo creado por el DL N.º 1319, integrado por representantes del mundo civil y militar, entre los que destacan los ex Presidentes de la República y excomandantes en Jefe de las FFAA y Carabineros (art. 2): cfr. CHILE. Derecho Ley N.º 1319, de 31 de diciembre de1975, Acta Constitucional N.º 1 que crea el Consejo de Estado. Diario Oficial de la República de Chile, 9 de enero de 1976, número 29.350, 12 páginas.

alternativa con el 67,04% de los votos. La nueva Constitución fue promulgada el 21 de octubre de 1980.

La Constitución de 1980 se ubicaba en una realidad chilena peculiar "era un ensayo político que pretendía legitimar desde una perspectiva normativa/constitucional un modelo liberal/autoritario (siguiendo a Von Hayek o Schmitt) sin un sistema democrático, basándose en una dictadura militar que legislaba irregularmente vía decreto leyes, estados de excepción y con persecución, tortura y desaparición de sus adversarios políticos, por lo que su aprobación vía plebiscito sostenía la nulidad de origen de esta Carta Fundamental"[159].

En su texto original, la Constitución de 1980 en su artículo 10 establecía quienes eran chilenos:

> *1°. Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes;*
> *2° Los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, hallándose, cualquiera de éstos en actual servicio de la República, quienes se considerarán para todos los efectos como nacidos en el territorio chileno.*
> *3°. Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, por el sólo hecho de avecindarse por más de un año en Chile;*
> *4°. Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, renunciando expresamente a su nacionalidad anterior. No se exigirá esta renuncia a los nacidos en país extranjero que, en virtud de un tratado internacional, conceda este mismo beneficio a los chilenos.*
> *Los nacionalizados en conformidad a este número tendrá opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización;*
> *5°. Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.*

[159] VIERA, Christian. "Notas sobre la filosofía inspiradora de la Constitución Política de la República en lo relativo a la familia", en *Nomos Revista de Derecho de Derecho de la Universidad de Viña del Mar*. 2008. No.1, p. 186.

La ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de estos actos.

En relación con el ejercicio de derechos políticos, esta ciudadanía era concedida a aquellos chilenos que hubieran cumplido los 18 años de edad y que no hubieran sido condenados a pena aflictiva (artículo 13). Respecto a los extranjeros, se exigía que estuvieran avecindados en el país por más de 5 años, cumpliendo los requisitos ya señalados, remitiendo el ejercicio del derecho a sufragio al legislador (artículo 14).

En cuanto al ejercicio y titularidad de los derechos constitucionales, se hacía referencia a la cláusula genérica de igualdad ante y en la ley en el artículo 19 numerales 2.° y 3.°:

"La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. 3°. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos."

Mediante la Ley N.º 18.005 del 25 de junio de 1981 se modificó el D.S. N.º 5.142 de 1960 sobre nacionalización de extranjeros, derogándose la prohibición de acceder a la carta de nacionalización a quienes sufrían enfermedades crónicas, contagiosas o vicios incurables. De igual forma, se modificó el acceso a la nacionalidad chilena, prohibiéndola a los que se dedicaran a trabajos ilícitos o que pugnasen con las buenas costumbres, la moral o el orden público y, en general, a aquellos extranjeros cuya nacionalización no se estimara conveniente por razones de seguridad.

En relación con las normas sobre delegación de funciones y facultades, ya en el año 1979 (Decreto N.º 125 de 31 de enero de 1979) se delegó en el intendente de la Región Metropolitana de Santiago y en los gobernadores facultades determinadas para autorizar la salida de turistas que hubieran superado los plazos de permanencia permitidos. el D.F.L N.º 7 de 26 de abril del mismo año delegaba en los intendentes regionales la aplicación de multas y amonestaciones y sus reconsideraciones establecidas en la ley de extranjería; la atribución de cambiar la condición jurídica de turista por la calidad de residente, visa

de estudiante, visa sujeta a contrato o visa temporaria (Decreto No. 2.043 de fecha 10 de febrero de 1982). Finalmente, el Decreto N.º 818 de fecha 8 de noviembre de 1983 otorgaba a ciertas autoridades del Gobierno Interior determinadas atribuciones sobre extranjeros.

Posteriormente, fue incorporada una nueva prohibición de ingreso para los extranjeros que hubieran incurrido en la comisión de determinados delitos. pero que hubiesen prescrito las acciones penales o las penas, agregando un tipo legal de intento de egreso usando documentos falsos, modificando las materias de expulsión y quien debería decretarlas[160], estableciendo un nuevo artículo 84 en el siguiente sentido:

> *Artículo 84.- La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República", en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes.*
> *No obstante, la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, se dispondrá sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón.*
> *Las medidas de expulsión podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento.*
> *La medida de traslado a que se refieren los artículos 81, 82 y 83 será dispuesta por las autoridades oficiales señaladas en el artículo 10 el objeto de poner al afectado a disposición de las autoridades administrativas o judiciales correspondientes.*

En 1984 se promulgaría un nuevo reglamento de extranjería mediante Decreto Supremo N.º 597, el que en sus primeras disposiciones se remitía al D.F.L N.º 69, el cual regulaba a los inmigrantes manteniendo la orientación general y las disposiciones del reglamento anterior[161]. Además, reiteraba la discrecionalidad del Ministerio del Interior para resolver

[160] CHILE. Ley No. 18.252, de 07 de octubre de 1983, modifica el Decreto Ley N.º 1.094 de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile. Diario Oficial de la República de Chile, 26 de octubre de 1983, número 31.704, 16 páginas. Véase también LARA, M., op. cit., p. 88.
[161] LARA, M., op. cit., p. 89..

solicitudes, considerando la utilidad del extranjero al país, la reciprocidad internacional y los informes de Policía. Mantenía también la obligación de declaración jurada, de respetar el ordenamiento legal y no participar en política interna ni actos que molestasen a gobiernos con los que existieran relaciones amistosas[162]. Establecía que se podía prohibir por decreto supremo el ingreso de extranjeros por razones de interés o seguridad nacional. Es importante señalar que, en este periodo, la orientación de la normativa no era poblar territorios sino limitar los peligros que representa la llegada de personas extranjeras. Esto implicaba, además, un nuevo vocabulario, ya que no se utilizaba la palabra "migrante" sino "extranjero", asociándolo a la idea de extraño y peligroso[163].

4. El retorno a la democracia y el desarrollo constitucional migratorio en el siglo XXI

El proceso de democratización experimentado a partir de 1990, lejos de buscar resolver las tensiones entre las migraciones con una carta fundamental diferente, continúa operando bajo ella. Esto es lo que se observa durante los gobiernos de la concertación, quienes estuvieron por modernizar la gestión administrativa de la misma y suscribir acuerdos internacionales. Pese a ello, el Estado no abandonó los principios de seguridad que se mantienen presentes en la legislación vigente[164].

A finales del siglo XX ingresó en Chile un nuevo flujo de inmigrantes ajenos a las políticas de atracción estatales. Estos eran los inmigrantes europeos en el contexto de procesos globales de movimiento de población, los inmigrantes no europeos, y por último los inmigrantes intrarregionales, principalmente aquellos provenientes de los países vecinos a Chile[165].

---

[162] QUINTEROS, D., op. cit., p. 61.
[163] LARA, M., op. cit., p. 90.
[164] STEFONI, C., op. cit., p. 80.
[165] DURAN, C. y THAYER, E., op. cit., p. 442. Respecto a los inmigrantes provenientes de Europa, estos se remiten hasta los orígenes mismos de la República, cuando la liberación de las fronteras comerciales atrajo europeos provenientes fundamentalmente de Inglaterra y Francia. Posteriormente, distintas coyunturas fueron generando la llegada de oleadas de inmigrantes de diversos lugares de Europa, las que lograron niveles variables de inserción social y económica en la vida nacional. En el año 1850 en su *memoria sobre la colonización en Chile*, Ignacio Domeyko hacía referencia a este grupo de europeos migrantes clasificándolos como migrantes naturales compuestos en parte de aventureros y hombres motivados por hambre y miseria a huir del país. Pese a ello, proponía en dicho texto la regulación de su estatus y su eventual incorporación, reunidos algunos requisitos al grupo de los inmigrantes "colonizadores". La respuesta estatal tardó más de medio siglo en llegar, manteniéndose estos inmigrantes durante todo el siglo XIX, destinados a lo que su fortuna y habilidad en su desplante social pudiesen lograr.

Con el cambio de siglo también cambió el perfil migratorio que llegaba al país. Esto se debió a que Chile se convirtió en una sociedad receptora, estable en lo político, acogedora en lo social y atractiva en lo económico[166]. En otras palabras, el desarrollo y la estabilidad económica y social de Chile de los últimos lustros lo consolidaron como un destino migratorio atractivo[167].

A comienzos del siglo XXI, los movimientos migratorios internacionales fueron adquiriendo el carácter de un proceso más complejo, en el que intervenían múltiples elementos y circunstancias de distinto tipo y forma, demostrando una heterogeneidad en las migraciones que, hasta el día de hoy, repercute en la titularidad de sus derechos fundamentales.

Durante la primera década del retorno a la democracia, el modelo de gestión de la migración mantuvo bastante intacto su espíritu regulador, caracterizándose por acuerdos bilaterales con países del cono sur para entradas, residencias, visados etc.[168] A modo de ejemplo, el acuerdo firmado con Ecuador el 11 de junio de 1991 sobre indocumentados establecía la posibilidad de la regularización migratoria de personas que hubiesen ingresado al país con anterioridad a marzo de 1991, siempre que pudieran mantenerse económicamente por sus propios medios, previa acreditación.

Ese mismo año, mediante Resolución N.º 323 del Ministerio del Interior, se amplió el régimen especial de viajes en las comunas fronterizas de Palena y Futaleufú, lo que permitía a determinadas personas de nacionalidad extranjera, que fuesen residentes de localidades fronterizas, entrar y salir del territorio bajo condiciones especiales y privilegiadas[169].

A su vez, el texto constitucional fue objeto de dos reformas en los años 1989 y 2005. Respecto al año 1989, lo más relevante, a efectos de la presente investigación, es la reforma al artículo 5.° de la Constitución, ya que agregaba a la obligación del Estado el

Véase DOMEYKO IGNACIO. *Memoria sobre la colonización en Chile.* Santiago de Chile: Julio Belén y Cía., 1850.

166 BRAVO, G. y NORAMBUENA, C., op. cit., p. 86.

167 BASSA, J. y TORRES, F., op. cit., p. 104.

168 ACEITUNO, D. y QUINTERO, J., op. cit., p. 64.

169 LARA, M., op. cit., p. 91.

respetar los derechos esenciales (garantizados por la constitución) que emanaban de la naturaleza humana: se adicionaba a su inciso segundo una habilitación constitucional de reconocimientos de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

La reforma del año 2005, en materia del estatuto de las personas, propició el *ius sanguinis* como forma de adquisición de la nacionalidad chilena sin dejar de lado el *ius solis.* Esta modificación surgía como respuesta a la situación histórico-política de Chile, la cual había variado por dos razones: el exilio voluntario o forzado de chilenos durante el régimen militar y el hecho de que muchos compatriotas permanecían o habían pasado a radicarse en el extranjero por múltiples razones.

Así, se adicionaba al numeral 2.° del artículo 10 "los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1.°, 3.° o 4.°".

4.1. Los proyectos de reforma al D.L. N.º 1.094 de 1975

Los primeros gobiernos democráticos centraron su política migratoria en el retorno de chilenos y chilenas que se encontraban en el exilio. Sin embargo, tuvieron lugar dos medidas que apuntaron directamente a los migrantes en el país. Por un lado, se suscribió la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, adoptada por las Naciones Unidas en 1990. Por otro lado, se publicó la Ley N.º 19.273, que eliminó para los extranjeros el requisito del salvoconducto para salir del país[170]. Durante el gobierno del presidente Lagos, no hubo mayor incidencia en materia migratoria, aunque ya se empezaba a discutir la posibilidad de modificar la ley vigente.

El primero de ellos fue el Boletín N.º 1.114-06 de 1997[171]. Esta propuesta fue archivada en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, en la Comisión de Gobierno Interior el 9 de julio 1997, por orden del presidente de la República[172]. En el

[170] BRAVO, G. y NORAMBUENA, C., op. cit., p. 103.
[171] GOBIERNO DE CHILE. Mensaje presidencial Boletín No. 1114- 06, de 2 de noviembre de 1997.
[172] CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Oficio No. 1.543, de 9 de julio de 1997.

contenido del proyecto es posible rescatar algunas consideraciones respecto al enfoque de la política migratoria y los procesos especiales de regularización de migrantes, sobre todo a efecto del retorno de aquellos chilenos y chilenas que se encontraban en el exilio.

El boletín refería a la necesidad, importancia y trascendencia de la fijación y ejecución de una política migratoria, desde una perspectiva centrada en la persona, con referencia al impacto en el desarrollo económico, social y cultural del país[173]. Además, consideraba el concepto de inmigración voluntaria o espontánea, señalando en el mismo cuerpo del proyecto que "corresponde, básicamente, a la decisión personal del extranjero, de trasladarse de país, quien asume la totalidad de los riesgos y costos de su incorporación al nuevo Estado; todo lo que está obviamente inserto en la Política de Migraciones definida al efecto"[174]. Lo interesante de este proyecto es que contemplaba una definición de inmigrante en su artículo 29.

En el año 2005, durante el mandato del presidente Lagos, se realizó una nueva reforma constitucional. En materia del estatuto de las personas, propició el *ius sanguinis* como forma de adquisición de la nacionalidad chilena sin dejar de lado el *ius solis*. Como lo señala el profesor Lautaro Ríos, esta modificación se debía a que la situación histórico-política de Chile había variados por dos razones: el exilio voluntario o forzado de chilenos durante el régimen militar y el hecho que muchos compatriotas permanecían o habían pasado a radicarse en el extranjero por múltiples razones[175]. Además, se ratificó la convención y los protocolos de Palermo sobre trata de personas y tráfico ilícito de inmigrantes.

En la primera administración de Michelle Bachelet, entre el 2006 y 2010, los principios de estos acuerdos se incorporaron como fundamentos de programas y propuestas de política migratoria. Pese a ello, el Estado no abandonó los principios de seguridad que están presentes en la legislación hoy en día.

La regulación de refugiados y solicitantes de asilo, cuya especial situación de vulnerabilidad (emanada de crisis humanitarias) justificaba el compromiso de la

[173] GOBIERNO DE CHILE. Mensaje presidencial Boletín No. 1114 – 06, de 2 de noviembre de 1997.
[174] Ídem
[175] RIOS, L., op. cit., p. 632.

comunidad internacional en su conjunto, ha sido tratada por normativa especial. A partir de los estándares internacionales de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, su Protocolo Facultativo de 1967 y la Declaración de Cartagena (que incluye una definición ampliada de refugiado, el principio de no devolución o *non refoulement*, confidencialidad y protección internacional entre otros), Chile promulga la Ley N.º 20.430 de 2010, dejando sin efecto la anterior normativa de 1996 (Ley N.º 19.476). Esta proclamación establece disposiciones sobre la protección de refugiados y su reglamento, dando operatividad y compromiso internacional al mandato. Asimismo, establece el derecho a acceder a procedimientos estandarizados para la solicitud de asilo conforme a los protocolos internacionales. Si bien esto no significa que todas las personas solicitantes sean reconocidas como refugiados, sí permite las garantías básicas del debido proceso en el ingreso al Estado de destino[176].

En relación con la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, el tratamiento nacional es diferenciado. Chile suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (crimen organizado) y sus Protocolos Facultativos, en particular el Protocolo de Palermo: diseñado para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños. De esta forma la Ley N.º 20.507 de 2011 modificó el Código Penal chileno, tipificando los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, estableciendo normas especiales para su prevención y una más efectiva persecución criminal. Esta ley creó los tipos penales de asociación ilícita para la trata, trata de personas y trata con fines de explotación sexual, en los artículos 411 *quater* y siguientes, distinguiendo la conducta antijurídica del tráfico de migrantes. Esta distinción permite determinar quiénes son víctima de trata de personas y, por tanto, requieren una especial protección por parte de los Estados. Para esto se modificó el D.L. N.º 1.094 y se agregó en su artículo 33 una visa especial para víctimas de trata de personas.

En el marco internacional, el 17 de mayo de 2004, en la reunión de ministros del Interior de MERCOSUR y Estados asociados, se firmó la declaración de Santiago sobre principios migratorios; suscrita por las autoridades de Argentina, Brasil, Paraguay,

[176] BASSA, Jaime y TORRES, Fernanda. "Capítulo XXX: Derecho de los migrantes", en CONTRERAS Pablo y SALGADO Constanza (edits). *Curso de Derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2020, pp.1027 y ss.

Uruguay, Bolivia, Chile y Perú; en la cual manifestaron su interés en abordar el tema mediante diálogos multilaterales para fortalecer la integración, así como el deseo de trabajar en una nueva política migratoria.

En mayo del año 2013 se presentó el Proyecto de Ley del presidente Sebastián Piñera, Boletín N.º 8970-06 para reemplazar el D.L. N.° 1.094[177]. En su mensaje, el presidente de la República reforzó la necesidad de reformular la legislación vigente en una materia altamente dinámica y sensible al desarrollo económico y social; en el marco de una sociedad globalizada en la que el desarrollo económico de Chile y de otros países constituía un factor clave en la configuración de condiciones materiales favorables al fenómeno migratorio. A su juicio, los procesos de apertura comercial "no han sido acompañados por la modernización de la regulación de la movilidad humana en el contexto de un mercado global." En lo que a ello respecta, se mantiene la mirada proteccionista y temerosa de la década de los 70[178].

Posteriormente, en el año 2015, durante el segundo mandato de la presidenta de la República Michelle Bachelet (2014-2018), la mandataria dictó un nuevo Instructivo Presidencial (N.º 5), señalando los lineamientos e instrucciones para la Política Nacional Migratoria, estableciendo 15 ejes principales de estructura sobre la base del reconocimiento del derecho a emigrar como un derecho humano. A diferencia del documento del año 2008, se entregaban instrucciones a las distintas carteras de Estado para crear una Política Nacional Migratoria y reforzar su institucionalidad.

El 23 de junio de 2016 es presentada, por un grupo parlamentarios de oposición, una moción para modificar el Decreto Ley N.º 1.094 de 1975, Boletín N.º 10.779-06, sobre la manera de establecer normas para favorecer la integración de los migrantes y la migración segura en un único artículo que señalaba:

[177] GOBIERNO DE CHILE. Mensaje Presidencial Boletín No. 8970-06, de 04 de junio de 2013.
[178] La elaboración del proyecto de ley fue delegada por el presidente de la República al Ministerio del Interior y Seguridad Pública en junio del 2000 siendo enviado a la Cámara de Diputados, el primer borrador de proyecto para su inicio de su primer trámite constitucional el 4 de junio del 2013 en la sesión número 32 de la legislatura 361. Sin embargo, en esta primera etapa hubo poca injerencia de las agrupaciones o asociaciones de migrantes y pro migrante, así como de clínicas jurídicas o de la Academia. Incluso del Departamento de Extranjería e Inmigración.

"*Artículo 14 bis. - No podrá otorgarse visación de ningún tipo a quienes hayan ingresado al país de modo clandestino o posean impedimentos de ingreso de conformidad al Párrafo 3º del Título I de este Decreto Ley* [179].

Esto modificación tenía como finalidad reforzar la visión de seguridad interior y de protección de fronteras del Decreto Ley, criminalizando la inmigración irregular y el ingreso por pasos no habilitados, sin permitir los análisis casuísticos de esos ingresos, vulnerando la dignidad de este colectivo e imposibilitando la labor de regularizar casos vinculados a solicitantes de refugio, víctimas de trata de personas, niños, niñas, adolescentes, entre otros.

En el año 2017 es presentado también el Proyecto de Ley de la presidenta Michelle Bachelet Boletín N.º 11395-06. Durante ese segundo mandato se "suspendió" la tramitación del Proyecto de Ley de Migraciones ya en curso y se presentó un nuevo Proyecto de Ley de Migraciones el 23 de agosto de 2017, sin sustituir el proyecto del año 2013[180].

En este caso, hubo dos acciones administrativas, en materia de migraciones, que se realizaron bajo este mandato: el envío del nuevo Proyecto de Migración (que, como ya se mencionó, no sustituye al anterior aún vigente) y el Instructivo Presidencial N.º 5 para la política nacional migratoria del año 2015, en el cual sí se señalaba la necesidad y deber de actualizar la normativa vigente.

El proyecto en cuestión se centraba en cuatro ejes principales: un sistema de principios, derechos y deberes; la regulación del ingreso, salida y las categorías migratorias; los procedimientos administrativos sancionatorios; y un sistema nacional de política migratoria. A su vez, contemplaba la creación de un registro nacional de extranjeros administrado por la Subsecretaría del Interior [181].

---

[179]CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Moción parlamentaria Boletín 10779-06, 23 de junio de 2016.

[180] En relación con este proyecto no hubo mayor iniciativa en tramitarlo hasta el año 2017, el cual fue enviado al trámite constitucional a la Cámara de Diputados el 23 de agosto del mismo año, en la sesión N.º 1 legislatura 365. Sin embargo, en el informe, que fue conocido el 18 de enero de ese mismo año, el proyecto quedó en primer trámite constitucional con urgencia simple. El 18 de enero de 2018, en el primer trámite constitucional de la Cámara de Diputados, se rechazó el proyecto en general por simple mayoría.

[181] JARUFE BADER, Juan Pablo. "Comparado entre la Ley de Extranjería, el Proyecto de nueva Ley de Migraciones, el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, y las indicaciones a este último", en *Biblioteca*

En su segundo mandato en 2018, el presidente Piñera impulsó la necesidad de una nueva legislación migratoria, reactivando un proyecto de 2013 que había quedado pendiente. Este gobierno vinculó el control migratorio con el orden en el país, adoptando un discurso mediático que incluyó declaraciones sin fundamento empírico, como las del ministro de Salud, quien responsabilizó a los migrantes del aumento de casos de VIH en Chile, lo cual fue desmentido por expertos. Piñera, siguiendo el discurso de Trump, priorizó el control de fronteras y la expulsión de migrantes, enfocándose en bolivianos, colombianos, peruanos y haitianos[182].

Por último, durante la gestión del mandatario se realizó la reactivación del Boletín N.º 8970-06 y la posterior publicación de la nueva Ley de Migraciones y Extranjería. Al asumir su segundo período de mandato en el año 2018, el presidente Piñera estableció la necesidad de una nueva legislación migratoria y políticas aplicables a esta materia. En ese sentido el proyecto, que había sido enviado el año 2013 y que había quedado pendiente de tramitación, fue reactivado en marzo del mismo año[183].

Este proyecto tenía como base las materias establecidas en el 2013 y recogía algunos puntos del proyecto del 2017 del Gobierno anterior, pero se basaba específicamente en el concepto de migración segura, ordenada y regular, adecuándose a los tiempos actuales y a las necesidades del país.

Dentro del proyecto se señalaba, como eje central, que se daría un trato justo y humano a los migrantes regulares y a los perseguidos que llegasen a Chile, pero que accionaría con mano dura frente al tráfico de inmigrantes, estableciendo acciones eficientes y seguras para luchar contra el ingreso irregular y clandestino al país.

---

del Congreso Nacional [en línea]. 2018. [Fecha de la consulta: 21 de julio de 2022]. Disponible en: https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=726044

[182] STEFONI, C., op. cit., p. 204.

[183] Ibidem. Tal como lo indicaba la presentación "el derecho del migrante debe armonizarse con las reglas que son propias de las comunidades políticas, las cuales, como titulares de sus territorios, son libres y soberanas para regular el ingreso y la admisión a su seno. Las normas migratorias son, precisamente, las llamadas a determinar cómo se concilian las determinaciones del arbitrio del migrante, para elegir el lugar donde vivir, con las de la comunidad a la que estos aspiran a integrarse." Esto claramente venía a reforzar la visión de seguridad interior y de protección de fronteras del Decreto Ley, criminalizando la inmigración irregular y el ingreso por pasos no habilitados, sin permitir los análisis casuísticos de esos ingresos, vulnerando claramente la dignidad vulnerabilidad de este colectivo e imposibilitando la labor de regularizar casos vinculados a solicitantes de refugio, víctimas de trata de personas, niños, niñas, adolescentes, entre otros y la imposibilidad de regularizar casos vinculando a solicitantes de refugio, víctimas de trata de personas, niños, niñas y adolescentes, entro otros.

Esta nueva tramitación tuvo algunos percances relacionados con la falta de participación de la sociedad civil y de la Academia, así como de los migrantes en sí. Se estableció un excesivo control de fronteras que vulneraba derechos fundamentales, sobre todo en lo que respecta a los derechos procesales, con las medidas para accionar en contra de las decisiones de la autoridad administrativa.

Después de la implementación de la ley de migraciones, se abrió un proceso de regularización extraordinario con un enfoque especifico en venezolanos y haitiano. El propósito era, por un lado, poder equilibrar el legítimo derecho del Estado a establecer el ingreso y salida de los extranjeros de sus territorios y, por otro, garantizar sus derechos fundamentales mitigando los riesgos asociados con el movimiento de personas y así reducir la inmigración.

4.2. La nueva Ley de Migración y Extranjería

El 11 de abril del 2021 se promulgaba la Ley N.º 21.325 de Migración de Extranjería, publicada en el Diario Oficial el 20 de abril del 2021. Esta nueva legislación venía a sustituir el antiguo D.L N.º 1.094 de 1975, reconociendo derechos y obligaciones de los migrantes, la política migratoria y la creación de una nueva institucionalidad migratoria centrada en el Servicio Nacional de Migraciones.

Aun cuando está ley fue aprobada y publicada en abril de 2021, entró recién en vigor el 12 de febrero de 2022, tal como lo indicaban las disposiciones transitorias 10.º y 11.º de la Ley N.º 21.325, al establecer que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, una vez publicada la nueva ley, tenía el plazo de un año para dictar y publicar en el Diario Oficial el respectivo Reglamento de Migraciones[184].

En lo que se refiere a titularidades y ejercicio de derechos, la ley en su art. 1.8 entrega una definición de extranjero y en su art. 1.11 de migrante. En el primer caso se refiere *a toda persona extranjera que esté de paso en el territorio nacional, de manera transitoria, conforme al art. 47, y sin intenciones de establecerse en él*. En el segundo caso, "migrante" es *aquella persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una*

[184] Decreto No. 296, de 12 de febrero de 2022, que aprueba el Reglamento de la Ley No. 21.325, de Migración y Extranjería. *Artículo undécimo. Esta Ley entrará en vigencia una vez publicado su reglamento.*

frontera internacional, fuera de su lugar habitual de residencia, independientemente de su situación jurídica, el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento, las causales de desplazamiento o la duración de su estancia.

En términos de la presente investigación, la nueva ley confunde ambos conceptos al intentar delimitar dichas categorías a la intención o ánimo de residencia o de establecimiento en el territorio nacional. Asimismo, la definición de "migrante" subsume otras categorías de la movilidad humana como los desplazados forzosos, climáticos o medioambientales; los cuales contemplan, a nivel internacional, estatutos jurídicos específicos de protección de sus derechos fundamentales que no están contemplados en la nueva legislación. La misma norma en su numeral 17 señala que "residente" es aquel *extranjero beneficiario de un permiso de residencia temporal, oficial o definitiva*, utilizando nuevamente el concepto de "extranjero".

Además, a lo largo de toda la norma, son utilizados los vocablos "personas extranjeras o extranjeros". La palabra "migrante" solo es utilizada en sólo 8 artículos: en particular al referirse a la elaboración de la Política Nacional de Migración y Extranjería en el párrafo III y en la norma de garantía del art. 177[185].

En materia de derechos fundamentales, en primer lugar, la ley establece en el párrafo I de su Título II un listado de principios fundamentales; reconociendo la titularidad y ejercicio de derechos vinculados principalmente a la regularidad migratoria.

El derecho a libre circulación y residencia sólo está reconocido a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio, el cual puede ser limitado de conformidad a lo establecido en la CPR, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentre vigentes (art. 3 inc. 4.º LME).

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, el inciso 6.º del precepto ya citado, establece el compromiso del Estado de *adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles y por todo medio apropiado, para lograr la plena*

[185] *Artículo 177.- Norma de garantía. Los reglamentos dictados en ejercicio de esta norma no podrán limitar los derechos de los migrantes contenidos en la presente ley y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*.

efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, para lo cual podrá recurrir, si ello no fuere posible, a la asistencia y cooperación internacional.

Aun cuando la normativa asegura a los extranjeros la igualdad ante la ley y la no discriminación, en el caso de la titularidad y ejercicio de los DESC se hace patente que no es efectiva. Solo es posible encontrar una excepción en una referencia específica en el caso de las mujeres migrantes en el párrafo II. Esta establece una protección especial en materia de no discriminación para la mujer extranjera, independiente de su situación migratoria, pudiendo acceder a todas las instituciones y mecanismos que resguarden su bienestar, teniendo, además, un trato especial por parte del Servicio Nacional de Migraciones en caso de que estén embarazadas, sean víctimas de trata de personas, violencia de género o intrafamiliar u objeto de tráfico de migrantes.

El derecho al acceso a la salud se encuentra resguardado (tanto para los extranjeros residentes como para aquellos que estén en situación migratoria irregular, de acuerdo a los requisitos que la autoridad de salud establezca) en igualdad de condiciones que los nacionales (art. 15 LME). Cabe destacar que no se reconoce la titularidad del acceso universal a la salud ni se detalla a que tipos de atención primaria o de urgencia (privada o pública) se tendrá acceso; entregando a la autoridad de salud la regulación.

En el caso del acceso a la seguridad social y al beneficio de cargo fiscal, la titularidad y ejercicio de derecho se torna un poco más compleja. El art. 16 LME reconoce a los extranjeros el acceso a estas prestaciones en igualdad de condiciones que los nacionales, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias. Su inciso 2 señala que "respecto de aquellas prestaciones y beneficios de seguridad social no contributivos financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas, respecto de los cuales no se establezcan, en forma directa o indirecta, requisitos de acceso que involucren una cierta permanencia mínima en el país, se entenderá que sólo tendrán derecho a ellas aquellos Residentes, ya sea en su calidad de titular o dependientes, que hayan permanecido en Chile, en tal calidad, por un período mínimo de veinticuatro meses". Esta especificación reconoce una

excepcionalidad en caso de razones humanitarias fundadas o alertas sanitarias, omitiéndose el requisito de los 24 meses de residencia en el territorio.

Se reconoce el acceso a la enseñanza prescolar, básica y media de los extranjeros menores de edad en los establecimientos educaciones de Chile en las mismas condiciones que los nacionales, no pudiendo denegarse ni limitarse dicho acceso debido a la condición migratoria irregular del menor, de cualquiera de sus padres, o la de quien tenga el cuidado del niño, niña o adolescente. En el caso de la educación superior, pueden acceder en igualdad de condiciones que los nacionales. Asimismo, podrán optar a la gratuidad universitaria, conforme a lo dispuesto en la letra a) del artículo 103 de la ley N.º 21.091, sobre Educación Superior, y cumpliendo los demás requisitos legales. (art. 17 LME)

El derecho de acceso a la vivienda sólo se reconoce a aquellos extranjeros titulares de residencia, con los mismos derechos que los nacionales, en cumplimiento de los requisitos legales (art. 18 LME).

En materia laboral, se mantiene la tendencia de reconocer a los extranjeros el goce de los derechos igual que los chilenos, limitando sus requisitos y sanciones a los casos determinados que señale la ley (art. 14 LME).

Por último, cabe destacar que se consagra, a nivel legal, la titularidad del debido proceso, norma regulada en la CPR y cuya aplicación se encuentra cubierta por la cláusula de igualdad del art. 19 de la CPR. Así, el art. 21 LME establece que:

> "*El Estado asegurará a los extranjeros la igual protección de los derechos establecidos en la ley, la Constitución Política de la República y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En especial, deberá asegurar un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las sanciones contenidas en esta ley, de conformidad con los derechos y garantías que les confiere la Constitución Política de la República, con especial consideración a lo dispuesto en el número 3 de su artículo 19, y deberá arbitrar los medios necesarios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a aquellos extranjeros que no puedan procurárselos por sí mismos, y los tratados internacionales suscritos por el Estado y que se encuentren vigentes*".

4.3. El primer proceso constituyente y el intento de una nueva constitución

El 18 de octubre de 2019, Chile vivió una de las más grandes movilizaciones sociales de su historia. La ciudadanía comenzó a reclamar públicamente en contra de la Constitución de 1980 y a manifestar la necesidad de reconocimiento efectivo de derechos sociales, tales como la educación, la salud, así como la eliminación del sistema de pensiones (AFP); exigiendo, en definitiva, mayor igualdad entre quienes habitan el país.

Este movimiento social logró que los partidos políticos de diferentes coaliciones y el gobierno del presidente Sebastián Piñera pactaran un "Acuerdo por la Paz y Nueva Constitución" el 15 de noviembre del mismo año, que se materializó en la Ley N.º 21.200 del 24 de diciembre de 2019. Esta ley modificaba el Capítulo XV de la Constitución Política sobre Reformas Constitucionales para habilitar la realización de un plebiscito nacional; con el propósito de consultar si se aprobaba o rechazaba elaborar una nueva carta fundamental y convenir en el mecanismo por el cual se gestaría (Convención Mixta Constitucional o Convención Constitucional). En el plebiscito, llevado a cabo el 25 de octubre de 2020, triunfó la opción apruebo con un 78,27% y, como mecanismo para realizarse, la Convención Constitucional con un 78,99%[186].

En el primer proceso constituyente chileno, los migrantes fueron excluidos: tanto para poder ejercer su derecho a sufragio como para presentar candidaturas a la convención constituyente.

El Capítulo XV de la Carta Fundamental referido a la "Reforma de la Constitución y del Procedimiento para elaborar una Nueva Constitución de la República" fue modificado en diciembre de 2019 con el propósito de establecer un procedimiento para elaborar una nueva Constitución[187]. Los artículos introducidos, 130 y 131, utilizaron el vocablo "ciudadanía" para referirse a quienes podían participar de este proceso y ser elegidos constituyentes: y el artículo 132 señalaba específicamente que "*podrán ser candidatos a*

[186] A efectos de esta investigación, sólo se hará referencia al primer proceso constituyente, que culmina con el rechazo al borrador de la Constitución propuesto por la Convención, en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022, ya que, a la fecha de elaboración de esta tesis, en Chile se estaba desarrollando un segundo proceso constitucional.

[187] CHILE. Ley N°21.200, 23 de diciembre de 2019, que modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República. Diario Oficial de la República de Chile, 24 de diciembre de 2019, número 42.536, 7 páginas.

la Convención aquellos ciudadanos que reúnan las condiciones contempladas en el artículo 13 de la Constitución".

Este concepto llevó, en diciembre de 2019, a una errada interpretación de las normas constitucionales por parte del Servicio Electoral de Chile, al señalar en redes sociales que "al estar convocada la ciudadanía a votar en el plebiscito del 26 de abril de 2020 el padrón electoral provisorio cuyo dato entregamos ayer está conformado sólo por compatriotas y no es comparable con el de las elecciones 2017 que incluía a electores extranjeros con derecho a voto"[188].

Esto generó que tanto las organizaciones de migrantes y promigrantes como la misma Mesa Técnica Constituyente señalaran que los extranjeros con derecho a voto si podían participar del plebiscito: en primer lugar porque para limitar un derecho fundamental de participación política, como es el sufragio, se requiere una norma expresa al respecto y en segundo lugar porque históricamente se ha utilizado la misma fórmula legislativa y conceptos, anteriormente usados para el plebiscito de 1989, en la que los extranjeros que cumplían con los requisitos para ejercer ese derecho podían votar sin problemas.

La relación al poder constituyente, la participación de sujetos excluidos generalmente de la toma de decisiones y la falta de reconocimiento y aplicación efectiva del principio de igualdad impactaron directamente en la titularidad de los derechos fundamentales de estos colectivos, en especial en los inmigrantes, generando brechas de discriminación y limitando su ejercicio de derechos en los Estados receptores.

En el borrador de la Convención no se incluyó explícitamente a los extranjeros como titulares de derechos fundamentales, sino que se amplió el margen de reconocimiento de la regla de titularidad a otros sujetos específicamente (como pueblos originarios, personas neurodivergentes, entre otros) haciendo referencia solo al derecho al asilo.

[188] MUÑOZ, Andrés. "¿Extranjeros sin derecho a voto? La interpretación del Servel que no les permitiría sufragar en el plebiscito", en *La Tercera* [en línea], 2 de enero de 2020. [consulta: 29 de julio de 2022]. Disponible en: https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/extranjeros-sin-derecho-voto-la-interpretacion-del-servel-no-les-permitiria-votar-plebiscito/958830/

La propuesta fue sometida a un plebiscito de aprobación o rechazo al borrador de nueva constitución, en la que triunfó ampliamente la opción de rechazo (62% por sobre el apruebo de 38%), culminando el mandato de la Convención Constitucional e iniciándose un segundo proceso constitucional, esta vez de carácter mixto.

4.4. La reforma constitucional en los años 2022-2023 y la criminalización de la inmigración

Los discursos de xenofobia y discriminación hacia la población migrante, sumados a las nuevas políticas de seguridad implementadas por el gobierno del presidente Gabriel Boric, situaron nuevamente la discusión de la migración desde la perspectiva de la seguridad interior y el control de fronteras. Sin embargo, en este escenario se agregó un factor criminológico adicional: la sociedad chilena comenzaba a adoptar una incipiente percepción de la migración, sobre todo la irregular, en términos de un delito.

Esta perspectiva de la seguridad interior y control de fronteras, proveniente de las políticas migratorias del año 1973 y reflejada en la normativa de extranjería de entonces, había sido superada con la publicación de la Ley N.º 21.325 y su (cuestionable) enfoque de derechos de los inmigrantes, integración e inclusión a la sociedad de destino[189], así como la aplicación de la interpretación de la normativa conforme a la Constitución y a las normas internacionales de derechos humanos. Un ejemplo de esta superación, se encontraba en su artículo 91 que establecía explícitamente que la migración irregular no era constitutiva de delito.

Sin embargo, los nuevos flujos migratorios regionales; dados por la emigración venezolana principalmente, junto con la pandemia mundial y el cierre de fronteras, significaron una aglomeración en las zonas fronterizas del norte del país, creando una crisis humanitaria y migratoria[190]. La respuesta frente a esta situación, por parte del

[189] Art. 6. Integración e inclusión. El Estado, a través de la Política Nacional de Migración y Extranjería, propenderá a la integración e inclusión de los extranjeros dentro de la sociedad chilena en sus diversas expresiones culturales, fomentando la interculturalidad, con el objeto de promover la incorporación y participación armónica de los extranjeros en la realidad social, cultural, política y económica del país, para lo cual deberá reconocer y respetar sus distintas culturas, idiomas, tradiciones, creencias y religiones, con el debido respeto a la Constitución Política de la República, la ley y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

[190] Sobre la crisis migratoria de Colchane, véase ÁLVAREZ, Alejandro. "Crisis migratoria en Colchane: caos en la frontera", en *Revista Universitaria* [en línea]. s/f. No. 168. [Fecha de la consulta: 18 de mayo de

Estado, fue mantener el cierre de fronteras, militarizar la zona, aumentar la vinculación del extranjero con la delincuencia y generar procedimientos de expulsión masivos y de fácil tramitación administrativa[191]. Esto se implementó con cambios a nivel constitucional.

El primero de estos cambios fue la modificación de la carta fundamental con el objeto de permitir la protección de infraestructura crítica por parte de las Fuerzas Armadas, en caso de peligro grave o inminente[192]. Esta modificación, presentada por moción parlamentaria, tenía como fundamento los acontecimientos ocurridos en nuestro país el 18 de octubre del 2019 con el llamado "estallido social" que generó, desde la perspectiva de seguridad, que la policía chilena se encontrara sobrepasada por dichas situaciones. Algunas de las problemáticas de seguridad específicas que generaron estos acontecimientos fueron los destrozos de ciertas zonas consideradas como "infraestructura crítica", claves para el desarrollo y desenvolvimiento de las personas, que a su vez conllevó dificultades para asegurar el mantenimiento de insumos básicos para la vida cotidiana, que deben ser resguardados por el Estado[193].

2023] Disponible en: https://revistauniversitaria.uc.cl/especial/crisis-migratoria-en-colchane-caos-en-la-frontera/16781/; JARAMILLO, Matías, MACAYA-AGUIRRE, Gustavo y STEFONI, Carolina. "Colchane. La construcción de una crisis humanitaria en la zona fronteriza del norte de Chile", en *Estudios fronterizos*. 2023. Vol. 24, pp.1-23.

[191] A la fecha de la elaboración de este capítulo, existen en tramitación 20 proyectos de reforma legislativa en materia de inmigraciones que aumenta las sanciones a los extranjeros en situación irregular, facilitan la expulsión de aquellos extranjeros que hayan cometido delito y aumenta los requisitos de ingreso al país: Boletín N.º 8970-06, 04 de junio de 2013; Boletín N.º 15384-06, 28 de septiembre de 2022; Boletín N.º 16072-06, 10 de julio de 2023; Boletín N.º 16340-06, 02 de octubre de 2023; Boletín N.º 15261-25, 05 de agosto de 2022; Boletín N.º 15997-06, 06 de junio de 2023; Boletín N.º 15489-06, 08 de noviembre de 2022; Boletín N.º 15453-06, 24 de octubre de 2022; Boletín N.º 16086-06, 11 de julio de 2023; Boletín N.º 10779-06, 23 de junio de 2016; Boletín N.º 15294-06, 19 de agosto de 2022; Boletín N.º 16012-06, 07 de junio de 2023; Boletín N.º 15482-06, 27 de octubre de 2022; Boletín N.º 16486-25, 12 de diciembre de 2023; Boletín N.º 16265-06, 04 de septiembre de 2023; Boletín N.º 15409-06, 11 de octubre de 2022; Boletín N.º 15270-06, 10 de agosto de 2022; Boletín N.º 15204-07, 18 de julio de 2022; Boletín N.º 16110-06, 14 de julio de 2023; Boletín N.º 15203-07, 15 de julio de 2022

[192]Ley N.º 21542, 27 de enero de 2023, que modifica la Carta Fundamental con el objeto de permitir la protección de infraestructura crítica por parte de las Fuerzas Armadas, en caso de peligro grave o inminente. Diario Oficial de la República de Chile, 03 de febrero de 2023, número 43.468, 2 páginas.

[193] Mensaje del proyecto de reforma constitucional. Primer trámite constitucional: Senado. Actualmente no existe una definición ni normativa sobre infraestructura crítica para el país, ni cuáles serían los lugares que se encuentran incluidos en dicho concepto, pero la doctrina ha señalado que existen a lo menos "doce sectores clave para el progreso social y económico del país, agrupados en tres ejes estratégicos: infraestructura que nos sostiene o basal (agua, energía y telecomunicaciones), infraestructura que nos conecta o de apoyo logístico (vialidad interurbana, aeropuertos, puertos y ferrocarriles) e infraestructura que nos involucra o de uso social (vialidad urbana, espacios públicos, educación, hospitales).

Este proyecto tenía por objeto la incorporación, en el numeral 21 del artículo 32 de la CPR, de una nueva atribución al presidente de la República para disponer, mediante decreto supremo, de la protección de la infraestructura crítica del país por parte de las Fuerzas Armadas cuando exista peligro grave o inminente a su respecto, determinando que esta que debe ser protegida.

La modificación establecía que

> *"(…) El ejercicio de esta atribución no implicará la suspensión, restricción o limitación de los derechos y garantías consagrados en esta Constitución o en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sin perjuicio de lo anterior, las afectaciones sólo podrán enmarcarse en el ejercicio de las facultades de resguardo del orden público y emanarán de las atribuciones que la ley les otorgue a las fuerzas para ejecutar la medida, procediendo exclusivamente dentro de los límites territoriales de protección de la infraestructura crítica que se fijen, sujeta a los procedimientos establecidos en la legalidad vigente y en las reglas del uso de la fuerza que se fijen al efecto para el cumplimiento del deber".*

En una primera discusión no estuvo considerado vincular esta modificación a las zonas fronterizas, pero la situación migratoria en los pasos fronterizos del norte del país, en este caso específicamente Chacalluta (que media Tacna y Arica), hizo necesario, por parte del Gobierno, incorporar las fronteras y el control migratorio en las labores de las Fuerzas Armadas, señalando que atribución especial contenida en este numeral también se podrá utilizar para el resguardo de áreas de las zonas fronterizas del país, de acuerdo a las instrucciones contenidas en el decreto supremo que se dicte en conformidad con la ley.

La disposición quincuagésima tercera transitoria incorporada a la CPR, inciso 2.º, circunscribe esta disposición solo para otorgar a las Fuerzas Armadas atribuciones para el control de identidad, el registro en las áreas de las zonas fronterizas delimitadas por el correspondiente decreto supremo, y la detención para el solo efecto de poner a las personas a disposición de las policías. Asimismo, podrían facultar a las Fuerzas Armadas

para la colaboración con la autoridad contralora para efectos de lo establecido en el artículo 166 de la Ley N.º 21.325 de Migración y Extranjería[194].

En esa misma línea, con fecha 29 de abril de 2023, el Congreso promulgó la Ley N.º 21.567, que introduce una modificación de la Ley N.º 20.391[195] para ampliar las facultades de control policial para efectos de aplicar las medidas establecidas en la Ley N.º 21.325, de Migración y Extranjería. El propósito de esta medida es poder contar con herramientas policiales que apoyen el trabajo del Servicio Nacional de Migraciones y sus oficinas regionales. Asimismo, también sería útil como medida de control migratorio y delictual frente al gran flujo migratorio no regular que se había ido manifestando en Chile en los últimos años, así como la entrada en vigor de la Ley N.º 21.325 de Migraciones y Extranjería. También establece nuevos elementos para la obtención de calidad migratoria regular en nuestro país, ofreciendo procesos administrativos y judiciales actualizados para el resguardo del cumplimiento de los elementos de obtención de visados, pero no entrega elementos suficientes a las policías para el reconocimiento y apoyo a las personas de nacionalidad extranjera para concurrir a estos espacios o para facilitar los procedimientos de protección en caso de ser víctimas de delitos.

De esta manera se aumenta el control preventivo de identidad y se dota a la policía de herramientas de identificación de las personas migrantes en situación irregular para dar cumplimiento a los procesos de regularización y expulsión.

Esta ley contiene un artículo 12 bis, el cual permite que, en caso de que la persona que se encuentre sometida a un control de identidad y no pueda acreditar situación migratoria regular, según lo determine la Ley de Migración y Extranjería, pueda ser trasladada por

---

[194] *Artículo 166.- Autoridad contralora. Corresponderá a la Policía en el ejercicio de su función de control migratorio: 1. Controlar el ingreso y egreso de extranjeros del territorio nacional y registrar dichos hechos en el Registro Nacional de Extranjeros, sin perjuicio de las facultades del Servicio Nacional de Aduanas. 2. Fiscalizar la legalidad de la estadía de extranjeros en el país. 3. Denunciar ante el Servicio las infracciones de esta ley de que tome conocimiento, sin perjuicio de adoptar las demás medidas que sean de su competencia de acuerdo a la ley. 4. Ejecutar las medidas de expulsión dictadas por las autoridades señaladas en el artículo 126.*
Respecto a la función establecida en el primer numeral, en aquellos pasos habilitados en que no haya unidades de la Policía, Carabineros de Chile cumplirá dichas funciones. Sin embargo, en los puertos de mar en que no existan dichas unidades, ellas serán cumplidas por la Autoridad Marítima a que se refiere el artículo 2, letra c), del decreto ley N.º 2222 de 1978.

[195] CHILE. Ley N.º 20931, 24 de junio de 2016, facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. Diario Oficial de la República de Chile, 05 de julio de 2016, número 41500, 12 páginas.

un funcionario de policía para ponerlo a disposición de la Policía de Investigaciones para corroborar su situación migratoria e iniciar los procedimientos correspondientes si mantiene notificaciones pendientes relacionadas con expulsión; caso en el que se procederá notificando al extranjero inmediatamente de esta situación. Este procedimiento deberá realizarse conforme a las restricciones señaladas en el artículo anterior, y con respeto del principio de proporcionalidad e igualdad de trato.

Posteriormente, la reforma constitucional en materia migratoria del 3 de mayo de 2023, mediante la Ley N.º 21.568 de fecha 3 de mayo del mismo año, introduce al artículo 19 N.º 7 letra c) de la CPR, en materia del derecho a la libre circulación, un párrafo final nuevo que altera el plazo de la detención o arresto de una persona extranjera para la ejecución de una expulsión administrativa. Una vez realizada la detención por funcionario público facultado por ley para hacerlo, se dispone de 48 horas para dar aviso al juez competente y poner a su disposición al afectado, el cual, en materia migratoria, "*no se considerará para efectos de materialización de expulsiónes administrativas".* En este último caso, corresponderá a la ley fijar el plazo máximo, el que no podrá, en todo caso, exceder de 5 días corridos.

Esta es la primera vez que una carta fundamental en la historia constitucional de Chile recoge elementos propios de la política pública migratoria y de seguridad en su articulado. Esta reforma introduce elementos de diferenciación en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros. En primer lugar, al determinar que el plazo de detención de una persona, en caso de que sea extranjero, queda sujeto a una medida de expulsión administrativa y, en segundo lugar que este plazo sea distinto al de un nacional, que es diferente para cualquier delito o flagrancia.

Esta diferencia de trato entre nacionales, extranjeros y extranjeros sujetos a una medida de expulsión administrativa, altera la regla de titularidad genérica de derechos reconocida en el Art. 19 CPR, deviniendo en un trato diferencial: no en clave de igualdad, sino desde la lectura del extranjero como un sujeto indeseado, criminalizando la migración irregular y, en definitiva, volviendo a la lógica imperante de los años 70 y del D.L. N.º 1.095.

Esto se ve reflejado en la moción parlamentaria que da origen a esta reforma y que comienza señalando que "Chile vive la peor crisis migratoria de su historia, derivada del

ingreso masivo, de manera clandestina y por pasos no habilitados, de miles de personas. La mayoría de ellas viene a nuestro país escapando de gobiernos de extrema izquierda que han deteriorado las condiciones democráticas de su nación de origen, hasta el punto de que se ven impulsados a buscar nuevas oportunidades en Chile. Esta verdadera crisis humanitaria, que afecta a extranjeros y a chilenos, especialmente en la zona norte de nuestro país, no ha logrado ser enfrentada adecuadamente por el Gobierno, y se espera que sólo empeore en los próximos meses." Esto ha sido calificado, por la mayoría de los parlamentarios, como "una debacle humanitaria ineludible"[196].

A partir de la introducción de esta reforma en el texto constitucional, se torna evidente que esta conducción de la política migratoria pretende acentuar aún más las categorías de diferenciación en materia de derechos fundamentales respecto a la población extranjera. Ahora no solo se considera la posibilidad de que constitucionalmente puedan existir diferencias basadas en la nacionalidad, sino que se incluye otro factor basado en la extranjería: la situación migratoria irregular, y el sometimiento a un proceso de expulsión administrativa el cual, al no desarrollarse por la vía judicial mediante la intervención de un juez, carece de los elementos del debido proceso y los derechos fundamentales que le puedan asistir a los extranjeros sometidos a una medida tan gravosa.

II. Titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros en el texto constitucional chileno

1. Formulación de la atribución de titularidad

La titularidad de derechos fundamentales ha sido un tema poco desarrollado por la doctrina chilena, limitándose a la explicación de la regla constitucional de titularidad en relación con sujetos específicos que pueden estar vinculados a ella: como las personas jurídicas, los animales, los entes morales, entre otros, sin entrar al fondo de las discusiones o teorías que surgen al respecto sobre la titularidad de derecho fundamentales propiamente tal[197].

[196] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. "Historia de la Ley N°21.568, que modifica la Carta Fundamental en materia de regulación migratoria", en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 27 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8156/

[197] Autores como Pablo CONTRERAS, Diego PARDOW y Eduardo ALDUNATE y Rodolfo FIGUEROA se han enfocado más al análisis de la titularidad de personas jurídicas o la discusión desde cuando se

La regla de titularidad de la CPR contiene a su vez la regla de igualdad genérica. La Constitución asegura los derechos "a todas las personas" sin distinción alguna, en un mismo plano de igualdad; en el art. 19 CPR mediante la frase: *"la constitución asegura a todas las personas*".

Sin perjuicio de que esta cláusula está estipulada de manera genérica, al ser aplicada por los Tribunales de Justicia, suele generar situaciones diferenciadas entre los nacionales y las personas extranjeras. Si bien para una persona chilena el acceso y titularidad de derechos es la regla general, para las personas extranjeras el trato diferenciado en el acceso y titularidad de determinados derechos fundamentales es el tratamiento habitual[198].

En el desarrollo de los primeros reglamentos y ensayos constitucionales, la titularidad de derechos en Chile estaba consagrada exclusivamente para un grupo privilegiado de personas: específicamente al hombre mayor de 21 años, propietario, no analfabeto. Recién en la Constitución Política de 1828[199] aparece un reconocimiento de la regla de atribución de titularidad en su art. 10:

> *"A todos hombres*, como *derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad la seguridad, a la propiedad, el derecho de petición y la facultad de publicar sus opiniones*".

Aunque la norma habla de "todos los hombres", este concepto vinculaba únicamente a los chilenos legales y ciudadanos activos[200].

---

reconoce a la persona humana (al momento de la concepción o del nacimiento) en atención de la titularidad de derechos respectivamente.

[198] GALDÁMEZ, Liliana, CASTRO, Karin, CEPEDA, Sebastián. "Constitución igualdad y migración: el mínimo desarrollo del ordenamiento chileno en la protección contra la discriminación de grupos migrantes", en *Estudios Constitucionales*. 2022. Vol. 20, no. 2, p. 43.

[199] La Constitución Liberal de 1828, fue denominada de tal forma en un consenso intelectual entre los liberales y republicanos de la época. Un ejemplo de eso se ve reflejado en la Comisión elegida por el Congreso, encargada de redactar el proyecto constitucional, en la que la gran discusión se centró en qué tipo de régimen político era el mejor para los chilenos: si uno de corte federal o unitario. Se combinaron ambas posturas, centralizándose la toma de decisiones en las reparticiones nacionales, pero otorgando rango constitucional a las asambleas provinciales.[199] Además se permitió el culto privado de religiones que no fueran la católica. Es claro que el alcance de la expresión "sistema liberal" no tuvo que ver con las ideas y prácticas de los norteamericanos y franceses: en nuestro constitucionalismo lo liberal es principalmente asunto de Ejecutivo, Legislativo y Judicial, es decir, de división de funciones. OSSA SANTA CRUZ, J. "*El Primer constitucionalismo*…", op. cit., p. 6. PALMA E, op. cit., p. 27.

[200] La Constitución de 1828 entendía que *Art. 6.o Son Chilenos legales:*

La regla referida a "todo hombre" fue reemplazada en la Constitución de 1833[201] por el concepto de "habitantes"[202]. Posteriormente, la Constitución de 1925 estableció dos nuevas reglas de titularidad. La primera, respecto al ejercicio de derechos políticos, que quedaba reservada sólo a los "ciudadanos" (artículo 9.º); y la segunda, en atención a la titularidad de derechos fundamentales, "a todos los habitantes de la República" (artículo 10.°) continuando con la lógica de la Constitución de 1833[203].

1.o Los hijos de padre o madre Chilenos nacidos fuera del territorio de la República, en el acto de avecindarse en ella.

2.o Los extranjeros casados con Chilena, que, profesando alguna ciencia, arte o industria, o poseyendo un capital en giro o propiedad raíz, tengan dos años de residencia en el territorio de la República.

3.o Los extranjeros casados con extranjera que tengan alguna de las calidades mencionadas en el artículo precedente, y seis años de residencia.

4.o Los extranjeros solteros que tengan alguna de las calidades antes expresadas, y ocho años de residencia.

5.o Los que obtengan especial gracia del Congreso. Una ley particular designará la autoridad de que haya de solicitarse la declaración que exigen los casos anteriores.

Art. 7.o Son ciudadanos activos:

1.o Los Chilenos naturales que, habiendo cumplido veintiún años, o antes si fueren casados, o sirvieron en la milicia, profesen alguna ciencia, arte o industria, o ejerzan un empleo, o posean un capital en giro, o propiedad raíz de qué vivir.

2.o Los Chilenos legales, o los que hayan servido cuatro años en clase de oficiales en los ejércitos de la República.

[201] La Carta de 1833, llamada "moralista", aseguraba a la oligarquía chilena, al "patriciado", a los hombres más ricos del país presentes en el Senado, el control más absoluto sobre el orden constitucional y sus características. Este control no era una cuestión menor, sobre todo porque existía plena conciencia de que la Constitución, el orden constitucional, era un instrumento jurídico de enorme relevancia en la vida institucional del país. No estaba consagrada expresamente en la Constitución la división de poderes. Es más, no se emplea la palabra Poder Judicial, sino una más clarificadora respecto de las características del sistema institucional, a saber, Administración de Justicia. Esta constitución permitió darle una cierta continuidad a la oligarquía existente antes de la independencia, con los acomodos naturales de la elite, determinando cierta restauración absolutista y configurando una república oligárquica.[201] Bajo este contexto, la igualdad formalmente era solo compatible con una estructura de poder en manos de muy pocos. Esto generó una ciudadanía excluyente y exclusiva, con restricciones censitarias en los derechos políticos reconocidos limitadamente solo para hombre. GARCÍA PINO, G., op. cit., p. 5.

[202] Constitución Política de la República de Chile de 1833. Capitulo V "Derecho público de Chile", Artículo 12. *La constitución asegura a todos los habitantes de la República (…)*

[203] La creación de esta constitución se realizó en medio de la emergencia de un nuevo modelo de estado constitucional: el constitucionalismo social. Esta carta fundamental, de corte más bien social, otorga al Estado un papel fundamental en el desarrollo económico y sociocultural, estableciendo un Estado social de derecho, que se mantuvo hasta 1973. ZUÑIGA URBINA, Francisco. "Nuevo Constitución y constitucionalismo en Chile", en *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*. 2012. Año 18, p. 174. Se habla de un viejo y siempre raquítico constitucionalismo liberal, que tuvo en Chile destacados exponentes en el siglo XIX (Lastarria, Briseño, Carrasco Albano, Huneeus) y en el siglo XX (Roldán, Guerra, Amunátegui) y dado que el constitucionalismo democrático es un brote germinal y débil al igual que el constitucionalismo social, Para PALMA, más que expresión cabal del nuevo constitucionalismo fue una continuidad del orden liberal democrático inaugurado el año 1874. Habrá que esperar al año de 1971 para ver la eclosión en Chile del constitucionalismo social. PALMA. E., "*Estado constitucional*…", op. cit., p. 33.

En el texto constitucional de 1980[204], se modificó el vocablo "habitante" por el de "persona." Posteriormente, en 1999, con la promulgación y publicación de la Ley N.º 19.611, que establecía la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, en los artículos 1.º y 19.º N.º 2 CPR, el vocablo "hombres" fue reemplazado por "personas"[205].

La atribución de titularidad de un derecho requiere de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, positivizado en reglas constitucionales generales o titularidades fragmentadas. Esto significa, en primer lugar, que la titularidad debe estar reconocida de manera explícita en una norma de la Constitución. En segundo lugar, permite que los órganos de los Estados, en el ejercicio de sus competencias constitucionales (artículos 6.º y 7.º CPR), pueden especificar y concretizar las normas de titularidad de derechos pero su ejercicio, restricciones o limitaciones se encuentran sujetas a la garantía de la reserva legal.

En el estudio del artículo 19 CPR, observamos que la identificación de derechos fundamentales con la expresión de "toda persona natural" no es una afirmación de validez general[206]. Esta "titularidad extendida", respecto de aquellos derechos de validez universal (como el derecho a la vida, la no discriminación, seguridad personal, entre otros) se rompe con las restricciones que la misma carta establece.

El profesor Eduardo Aldunate cita el caso de aquellas personas en relaciones de sujeción especial[207]. Para el autor, "la sujeción especial no otorga una carta blanca al legislador

---

[204] Este texto constitucional, redactado en la dictadura cívico militar del general Pinochet, nace fruto del trabajo de varios juristas cercanos al nuevo régimen, incluso algunos considerados funcionarios de exclusiva confianza del Jefe de Estado. Este grupo fue conocido como la "Comisión Ortúzar", denominada así por el nombre de su presidente, Enrique Ortúzar. BASSA, J., "*Estado Constitucional*…", op. cit., p. 13; VIERA, C., "*Análisis crítico*…", op. cit., p. 156. Como se ha señalado, a Jaime Guzmán le cabe un importante rol en la asesoría jurídica de la junta militar y la impronta de SCHMITT es parte de su ideario político. "De hecho, la concepción schmittiana del Poder Constituyente le permite construir el régimen de Pinochet como una dictadura absoluta y no meramente comisaria. Como dictador soberano o absoluto, Pinochet elimina la totalidad del orden constitucional existente y genera una nueva Constitución.

[205] *"Artículo único: Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República de Chile:*
1) Sustitúyese en el inciso primero del artículo 1º, la expresión "Los hombres" por "Las personas", y 2) Agrégase, al final del párrafo primero del número 2° del artículo 19, la oración "Hombres y mujeres son iguales ante la ley."

[206] ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "La titularidad de los derechos fundamentales", en *Estudios Constitucionales*. 2003. Vol. 1, N.º 1, p. 189.

[207] El artículo 19 N.º 3 inciso 2º, establece el derecho a defensa de todo individuo, pero excluye a los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública cuyo derecho se regirá por las normas administrativas y disciplinarias de sus respectivos estatutos.

para configurar su estatus de cualquier modo restrictivo de sus derechos fundamentales, sino que solamente para establecer aquellas restricciones que, sometidas al test general de la actuación legislativa en materia de regulación de derechos fundamentales, sean idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto para alcanzar un objetivo constitucionalmente lícito"[208].

La existencia de la regla general de titularidad no excluye técnicas especiales de atribución y especificación de derechos o titularidad. Por ejemplo, la CPR habla de "imputado" en el derecho a libertad y aplicación de la prisión preventiva (Art. 19 N.º 7 letra e)); o de "trabajadores" al referirse al derecho a la negociación colectiva (Art. 19 N.º 16 inciso 4). Esto significa que las personas en determinadas calificaciones o situaciones, como el estar imputado por algún hecho que reviste los caracteres de delito o frente a una situación laboral, tienen una protección adicional en sus derechos fundamentales[209]. Esta especificación no excluye ni vulnera la universalidad de los derechos fundamentales[210].

La doctrina, por su parte, ha realizado una distinción en atención a los extranjeros como titulares de derechos fundamentales. Para Humberto Nogueira, los derechos que no se aseguran a los extranjeros constituyen la excepción, ya que los derechos esenciales de la persona se desprenden de la dignidad de la persona humana en cuanto tal y del desarrollo de la personalidad en su dimensión material y espiritual, por lo que todos estos derechos corresponden a toda persona, sea nacional o extranjera[211]. *A contrario sensu*, se asegura, solo a los chilenos, la libertad de asociación política, la igualdad ante los cargos públicos, el derecho a optar a cargos públicos de elección popular, entre otros; es decir, los derechos políticos, salvo el derecho de sufragio activo a los extranjeros para las elecciones

[208] ALDUNATE, E., "*La titularidad*…", op. cit., p. 190.
[209] STC Rol N.º 3601- 17, 10 de abril de 2019 Cº 9. La Constitución reconoce una titularidad general para el ejercicio de derechos constitucionales aplicables a "todas las personas", lo cual no excluye el reconocimiento de titularidades específicas, tales como la que reconoce a los "trabajadores" (Art. 19º N.º 16 incisos 5.º y 6.º) o a las "organizaciones sindicales" (Art. 19, N.º 19 inciso 2.º)
[210] CONTRERAS, Pablo. "Titularidad de los Derechos Fundamentales". En, CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza. *Manual de derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago de Chile: Lom, 2018, pp. 132 y 133.
[211] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, p. 99.

municipales, parlamentarias y presidenciales, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el Art. 13 CPR[212].

El ordenamiento jurídico chileno, en su normativa civil, establece que "extranjero" es todo aquel que no posee la nacionalidad chilena. A su vez, "son chilenos" los que la Constitución del Estado declare tales (Art. 56 CC.) Las reglas de nacionalidad ubicadas en el Capítulo II de la CPR, denominado "Nacionalidad y ciudadanía," recogen tanto las causales de adquisición y pérdida de la nacionalidad, las causales de adquisición y pérdida de la ciudadanía, y el reconocimiento al ejercicio del derecho de participación política[213]. Según Francisco Zúñiga Urbina[214], debemos realizar un matiz en relación con el tipo de derecho del que se reclama esa titularidad. Si se trata de derechos civiles (libertades e igualdades) o derechos de la primera generación, la regla es que no cabe diferencia entre nacionales y extranjeros. En materia de derechos políticos, estarán excluidos; salvo el derecho a sufragio del Art. 14 CPR. Por último, en materia de DESC, lo relevante "no es un estatus sino la necesidad colectiva que los derechos prestacionales cubran y que hagan de estos derechos colectivos un *status positivus socialis*"[215].

El autor concluye que el planteamiento señalado "se enmarca en valores superiores y principios positivizados en la Constitución, que ofrece una reconstrucción inacabada, reconociendo en el extranjero una 'persona' titular de un plexo de derechos

[212] El año 2005, con la Ley de Reforma Constitucional N.º 20050, se modificó el artículo 14 de la CPR con el objeto de otorgar el derecho a sufragio a los extranjeros y la opción a cargos públicos para aquellos nacionalizados (naturalizados) conforme a las normas constitucionales y las leyes.

[213] En atención al ejercicio de derechos políticos, la CPR asimila la ciudadanía con la nacionalidad, por lo que es indispensable para ser ciudadano chileno el tener la nacionalidad chilena, además de contar los demás requisitos establecidos en el Art. 13 CPR. Esta calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos públicos de elección popular entre otros. Sin embargo, los extranjeros podrán ejercer el derecho a sufragio siempre que se encuentren avecindados por más de 5 años en el país y cumplan los demás requisitos del Art. 13 en los casos y forma que determine la ley (Art. 14 CPR). Es importante señalar que, en su artículo 10, reconoce que son chilenos tanto los nacidos en el territorio de Chile como los de padres chilenos: es decir, *ius Solis* y *ius Sanguinis*, pero con una variante, a lo menos, curiosa "salvo los hijos de extranjeros transeúntes." Aquellos hijos nacidos en el territorio que sean hijos de extranjeros transeúntes no se les reconocía el *ius Solis*. Por mucho tiempo el Departamento de Extranjería y el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile interpretó la palabra "transeúnte" como "irregular", lo que significó que miles de niños nacidos en Chile de padres en situación migratoria irregular se les desconociera su nacionalidad chilena, no pudiendo inscribirse en el registro civil, quedando en situación de apatridia.

[214] ZUÑIGA URBINA, Francisco. "El estatus constitucional de extranjeros. (Notas acera de derechos fundamentales y expulsión de extranjeros)", en *Revista de Derecho*. 1998. Año 66, no. 203, pp. 306 y 307.

[215] Sobre la positivación de los derechos sociales, véase: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho", en *Derecho y Libertades*. 2006. No. 14, Época 2, pp. 151-178; Sobre un estudio de la definición de "estatus" de Jellinek, véase: MARTÍNEZ DOALLO, Noelia. "El derecho al consentimiento informado a partir de la teoría de estatus de Goerg Jellinek", en *Ius et Scientia*. 2017. Vol. 3, no. 1, pp. 206-216.

fundamentales y derechos humanos *lato sensu*, cuyo eje principal es el principio de igualdad y el principio de interdicción de discriminaciones arbitrarias, axial en la relación con los órganos que ejercen la potestad pública de extranjería"[216].

La titularidad reconocida en el texto constitucional chileno corresponde a un modelo de igualdad, o mejor dicho, de equiparación. Es decir, corresponde a un sistema de igualación entre extranjeros y nacionales a efecto de la titularidad de derechos, sin criterios de diferenciación al momento del ejercicio de derechos fundamentales, basándose en el principio de igualdad;[217] ambos contenidos en la regla del Art. 19 CPR. Sin embargo, como veremos a continuación, esta titularidad genérica tiene un carácter meramente aparente, ya que la misma CPR establece limitaciones y restricciones a los extranjeros tanto en la titularidad como en el ejercicio de determinados derechos.

El modelo de equiparación puede analizarse desde dos perspectivas. Primero, aquella en que equipara, sin distinciones, a todas las personas como titulares de derechos. Segundo, aquella en que la determinación de equiparación viene dada por igualar a las personas extranjeras a la categoría de "ciudadano" del Estado receptor[218].

La fundamentación del modelo de equiparación tiene como base el principio de la igualdad desde una perspectiva, a lo menos, universal[219]. Esto se traduce en un trato igualitario a todas las personas sin distinción alguna (ya sea por su condición de nacional o extranjero o alguna de las llamadas "categorías sospechosas" como la raza, la pertenencia étnica, la religión, el género, la orientación sexual, entre otras). El principio de igualdad juega un doble papel: por un lado, el de principio de equiparación, de no discriminación de las personas o situaciones entre las que pueda existir diferencias; y por otro, como principio de diferenciación en el trato particular entre unas u otras personas[220].

---

[216] ZUÑI URBINA, F, "*El estatus…"* op. cit., p. 330.
[217] CONTRERAS, P. "*Titularidad…"* op. cit., p. 119. La atribución de titularidad de derechos en Chile se efectúa bajo el mandato de igualdad de manera que las normas que confieren los derechos fundamentales se hagan sin exclusión o diferenciaciones injustificadas.
[218] FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, Encarnación. "Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica", en *Anuario de filosofía del derecho*. 1994. No. 11, p. 142.
[219] Ibidem, p. 141.
[220] Las personas o situaciones nunca son idénticas entre sí, siempre serán diferentes en algo. Por eso, la igualdad es un concepto relativo que implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto, aun admitiendo su disparidad en otros. A diferencia de la identidad, la igualdad o desigualdad se predica siempre a partir de un determinado punto de vista o criterio de referencia, haciendo abstracción de los demás. Ibidem, p. 142.

Sin embargo, este modelo sólo resultaría aplicable en el caso de la primera perspectiva (en un sistema sin distinciones).

Lamentablemente, no existen sistemas constitucionales que establezcan una igualdad sin distinción alguna. Además, en la práctica, respecto a la titularidad de derechos entre nacionales y extranjeros, de una u otra forma se pueden encontrar restricciones y/o limitaciones en el mismo texto constitucional. Por ejemplo, el relativo al ejercicio de ciertos derechos políticos o la remisión a la ley para su restricción.

2. La titularidad y ejercicio de los derechos a la luz del derecho internacional.

El papel del derecho internacional en la Constitución chilena no ha sido resuelto, principalmente porque no existe en la carta fundamental del país una norma que establezca la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del derecho[221]. El texto constitucional chileno, en su origen, no contemplaba normas específicas de incorporación de los tratados internacionales ni menos aquellos relativos a derechos fundamentales, dado el contexto histórico que el país vivía al momento de su redacción.[222]

En el año 1989, se introdujo una de las reformas constitucionales más importante, en materia de derechos humanos, al incorporar a la segunda parte del inciso 2.º del Art. 5 CPR, que establece una obligación expresa a los órganos del Estado de *respetar tales*

[221] Sobre jerarquía de los tratados internacionales, véase HENRIQUEZ, Miriam. "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencia desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales*. 2008. Año 6, No. 2, pp. 73 -119; NOGUERIA ALCALÁ, Humberto. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Ius et Praxis.* 1997. Vol. 2, no. 2, pp. 9-62.

[222] TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. "La vinculación de la Constitución Chilena con los tratados internacionales de derechos humanos". En: VV.AA. *III UB International Phd in law conference: El carácter multinivel del derecho global*. Barcelona: McGrawHill – AulaMagna, 2021, p. 315; HENRIQUEZ, M., "*Fuentes*…" op. cit., pp. 83-85. La versión original de la Constitución Política –la de 1980 sin modificaciones– adoptó una posición defensiva en materia de relaciones internacionales. Esta afirmación puede extraerse del intercambio de ideas que tuvo lugar en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en el Consejo de Estado y del propio diseño constitucional. Tal actitud defensiva del constituyente determinó una regulación constitucional somera de la política exterior del Estado. En tal sentido, la Carta de1980 sólo señaló la atribución del Presidente de la República para conducir las relaciones internacionales y las principales etapas de celebración de un tratado solemne, dispuso una lacónica mención al trámite de aprobación por el Congreso Nacional y finalmente contempló una escueta referencia sobre el control previo y facultativo de constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional

derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes[223].

Esta última parte se ha interpretado como una habilitación constitucional que incorpora, al ordenamiento jurídico interno, los derechos humanos que se encuentran en los tratados y pactos internacionales de los cuales Chile es parte, siendo plenamente aplicables de manera directa por los operadores de justicia.

El sistema normativo chileno sigue el principio de jerarquía, donde la Constitución es la norma jurídica fundamental o suprema, ya que su contenido constituye el punto de partida para el desarrollo de todo el ordenamiento jurídico del Estado, el cual debe ordenarse e interpretarse de acuerdo con el sentido de la Constitución[224].

La supremacía constitucional por sobre las normas internacionales, fue recogido por el Tribunal Constitucional de Chile (TC) en dos importantes sentencias. En primer lugar, y con anterioridad a la reforma del 2005, el TC tuvo que pronunciarse respecto a la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, el cual había sido suscrito por Chile el 11 de septiembre de 1998[225]. Este Estatuto establecía una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada al Sistema de Naciones Unidas con competencia respecto a los crímenes más graves a nivel internacional[226]. Por un lado, se generaba un problema en el control de la constitucionalidad de los tratados internacionales por parte de la judicatura, y por otro lado, debido a las características de la CPI, difería de los tribunales internacionales establecidos en tratados ratificados por Chile (como por ejemplo la Corte IDH) al ser un

[223] CHILE. Ley N.º 18825, de 15 de junio de 1989, modifica la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, 17 de agosto de 1989, número 33450, 20 páginas.
Sobre historia de la reforma del Art. 5.º Inc. 2 CPR, véase CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. "Alcances de la modificación de la constitución Política Chilena en relación con los Tratados Internacionales", en *Revista Chilena de Derecho*. 1996. Vol. 23, no. 2 y 3, Tomo I, pp. 255-258.
[224] HENRÍQUEZ, Miriam. "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales*. 2008. Año 6. N.º 2, p. 74.
[225] Sentencia Tribunal Constitucional 346 - 2002 de 8 de abril de 2002, sobre requerimiento de inconstitucionalidad de Estatuto de Roma.
[226] CAZOR ALISTE, Kamel y BORDALÍ, Andrés. "La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980. (Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002)", en *Revista de Derecho*. 2019. Vol. 13, pp.255-266.

tribunal supranacional distinto. Además, la CPI no tiene una supervigilancia correctiva o sustitutiva de las resoluciones de los tribunales nacionales[227].

Para que Chile pudiera reconocer el Estatuto de Roma, dada las materias cuyo conocimiento se entrega a la CPI (que por su naturaleza son improrrogables), el país debía incorporar una nueva preceptiva constitucional a su sistema interno para reconocer esta jurisdicción de un tribunal supranacional[228]. Esto se tradujo en una reforma constitucional previa a la aprobación del Estatuto de Roma por el Congreso Nacional y una posterior ratificación del presidente de la República[229].

En la reforma del año 2005 se establecieron importantes modificaciones al texto constitucional, entre las cuales destaca el procedimiento de recepción e incorporación de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, pero sin resolver la jerarquía de estos[230]. Se mantuvo la supremacía constitucional toda vez que es la carta fundamental la que determina la validez interna, formal y sustancial de las normas contenidas en los tratados y, por ende, también determina la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno.

Ninguna de estas dos reformas (la del año 1989, la incorporación del Estatuto de Roma del 2009 y la reforma del año 2005) resolvió la jerarquía de los tratados internacionales al interior del sistema de fuentes del Derecho ni su aplicación directa. El TC chileno mantuvo la idea de que los tratados internacionales tiene rango legal[231].

---

[227] STC ROL N.º 346, Considerandos 32 y 33.
[228] STC ROL N.º 346, considerando 50.
[229] CHILE. Ley N.º 20352, 26 de mayo de 2009, Reforma Constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional. Diario Oficial de la República de Chile, 30 de mayo de 2009, número 39374, 52 páginas.
[230] RUIZ, Robert. "La incorporación de los Tratados Internacionales del Derecho Interno en Chile", en *Podium*. 2016. N.º 30, p. 57; RÍOS, Lautaro. "La reforma de 200 a la Constitución Chilena", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 2006. N.º 10, pp. 617 - 698; RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. "La reforma de 2005 a la Constitución Chilena", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 2006. Nº. 10, pp. 617-698; HENRIQUEZ, M. "*Fuentes*…", op. cit., p. 86 La reforma constitucional de 2005, aprobada por la ley No. 20.050, incorporó una serie de modificaciones tanto respecto a la celebración de los tratados como al control de constitucionalidad de aquellos. Los cambios más relevantes se introdujeron al artículo 54 No. 1 de la Constitución, referido a las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional, y al artículo 93 de la Carta, dedicado a las atribuciones del Tribunal Constitucional.
[231] Sentencia Tribunal Constitucional 1288-09, de 25 de septiembre de 2009, sobre control obligatorio del proyecto de ley que modifica la Ley orgánica del Tribunal Constitucional; Sentencia Tribunal Constitucional 46-87, de diciembre de 1987; Sentencia Tribunal Constitucional 309-00, de 04 de agosto de de 2000.

Aun cuando este conflicto, a la fecha, no ha sido resuelto, los Tribunales Superiores de Justicia, quienes conocen de las acciones de protección y amparo de derechos fundamentales, han integrados normas y principios del DIDH a sus fallos.

En materia de extranjería, la Excelentísima Corte Suprema de Chile, conociendo de varios *habeas corpus* interpuestos a favor de los extranjeros sometidos a una medida de expulsión, ha citado expresamente algunos instrumentos internacionales: tales como el artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; la Observación General N.º 27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1999 y el artículo 22 N.º 4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares[232].

La Magistratura Constitucional ha señalado que el DIDH es una norma de aplicación directa, a efecto de esclarecer la regla de titularidad de derechos respecto de los extranjeros. El TC establece que la migración se enfrenta a un nuevo desafío, que es la regulación internacional y estatal. Tanto la fundación de las Naciones Unidas como la Convención de Ginebra de 1951 exigieron un "nivel mínimo de civilización", donde el derecho interno y el desarrollo jurisprudencial establecieron la respectiva evolución de un mínimo coherente con la dignidad humana (Cº 8.º). Continua el Tribunal con un detallado desarrollo sobre la evolución de las migraciones, tanto económicas como humanitarias; haciendo eco de la participación de Chile en las misiones de paz en Haití, lo que modificó la ruta migratoria situando a nuestro país en la perspectiva de destino de esa población.

El punto importante que consagra la Magistratura Constitucional, aplicando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es que toda persona tiene el derecho a emigrar de su país. Para esto cita el Art. 13 DUDH. Sin embargo, no supone el deber estatal de ser recibido como un derecho subjetivo de los extranjeros pero, en virtud del DIDH (específicamente el PIDCP y la CADH), exige un particular cuidado en el ejercicio de la

[232] HENRÍQUEZ, Miriam. "La Corte Suprema chilena y la protección de la libertad personal de los migrantes: un estudio jurisprudencial", en Jurídicas. 2022. Vol. 19, no. 21, p. 273.

potestad administrativa y legislativa de cada Estado, con un examen de las limitaciones de los derechos fundamentales invocados.

3. La reserva de ley y el margen del legislador para determinar o afectar a la titularidad de derechos de los extranjeros

La ley, durante el siglo XIX, fue la máxima fuente del derecho[233]. Su principal orientación era la protección del ciudadano frente a la arbitrariedad de la Administración, como consecuencia del concepto de la sociedad como organización natural que el Estado solo debía proteger y promover. La ley, considerada como un acto deliberativo del Parlamento representativo, significó, por un lado, la supremacía de la legalidad frente a la Administración y, por otro, la identidad legal de los derechos (afirmando la subordinación de los derechos a la ley) y la reducción de los jueces como meros aplicadores de la ley[234].

El Estado liberal de derecho se definía por dos elementos centrales: la limitación del ejercicio del poder del Estado y la garantía de la libertad individual. El carácter general y abstracto de la ley garantizaba la imparcialidad del Estado frente a la sociedad y la igualdad ante la ley[235]. Bajo esta forma del Estado liberal de derecho, el principio de legalidad se tradujo constitucionalmente en la hegemonía política de la burguesía, representada en el Parlamento, así como pone de manifiesto el retroceso del Ejecutivo y de los jueces, todos subordinados a la ley como máxima expresión jurídica[236].

Sin embargo, la incorporación de diversos factores (tanto políticos como sociales) en los sistemas jurídicos llevó a avanzar desde un Estado legislativo de derecho a un Estado constitucional de derecho, en el que la Constitución Política adquirió supremacía absoluta

[233] TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. "El Lugar de la Ley en el Estado Constitucional de Derecho". En: TÓRTORA ARAVENA, Hugo (Coord.) *Las Fuentes Formales del Derecho Público. Tendencias y conflictos*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2012, p. 276. Cabe recordar que el control de legalidad de la norma es una atribución que ejerce la Contraloría general de la República y que no es objeto de esta investigación.
[234] BASSA, J., "*Estado…"* op. cit., p. 94. En este marco, el derecho se reduce a la ley, a la que se someten las demás fuentes del derecho.
[235] GUILOFF, Matías. "Capítulo VII: Regulación de los derechos. La reserva de ley". En: CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza. *Manual de derechos fundamentales. Teoría General*. Santiago de Chile: Lom, 2017, p. 258.
[236] Ibidem, p. 262.

sobre el resto de las normas del ordenamiento interno, alterando el modelo clásico del sistema de fuentes del derecho[237].

Esto implicó una nueva concepción de un elemento clave en la relación entre la Constitución y la ley: la reserva legal. Tradicionalmente, la reserva de ley ha estado sujeta a dos modelos principales. El primero es el modelo francés, que surge en el siglo XVIII en el contexto de la Revolución contra la monarquía. Inicialmente, se suprimió la potestad reglamentaria debido a su origen monárquico; sin embargo, posteriormente se instauró un nuevo régimen en el cual dicha potestad se ejerce de manera subordinada a la supremacía de la ley, dentro de un sistema jerárquico[238].

En el modelo alemán imperaba un sistema de monarquía limitada, aplicándose una horizontalidad en la relación ley-reglamento. Ley y reglamento no son normas de distinto rango formal, enlazadas por una relación jerárquica, sino tipos normativos que operan en campos materiales distintos[239].

En una perspectiva ideológicamente liberal, la función de la reserva de ley era la garantía legislativa de los derechos de los gobernados a partir de los conceptos de libertad y propiedad[240]. Se entendía, en este caso, que la reserva de ley era "un principio democrático en la medida que expresa la deliberación de un parlamento que es representante directo del pueblo soberano, en el que está representado todo el cuerpo social, de forma tal que se asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca mediante el procedimiento legislativo parlamentario"[241].

Actualmente, el derecho positivo ha tomado dos posiciones derivadas del origen histórico de la reserva legal. En el caso francés, el legislador sólo puede intervenir en materias que

---

[237] TORRES VILLARRUBIA. F., "*El lugar…"*, op. cit., p. 276.
Sin perjuicio de las discusiones doctrinales respecto a la vinculación ley-reglamento y la reserva de ley dentro del sistema de fuentes del derecho, a efectos de esta investigación el foco estará puesto en la segunda de sus funciones: la de ser una garantía en materia de derechos fundamentales.
[238] CAZOR, Kamel y GUILOFF, Matías. "La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el Estado constitucional chileno", en *Anuario de Derecho Público*. 2024. No. 1, p. 481; HENRÍQUEZ, M., "*Fuentes…"* op. cit., pp. 57 y 58; TORRES VILLARRUBIA, F., "*El lugar*…", op. cit., p. 278.
[239] CAZOR, K y GUILOFF, M., op. cit., p. 482.
[240] CAZOR, K. y GUILLOFF, M., op. cit., p. 482; PICA FLORES, Rodrigo. "Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación normativa y limitación en materia de derechos fundamentales", en *Revista de Derecho*. 2013. Año 20, N.º 1, p. 195.
[241] PICA FLORES, R., "*Aspectos teóricos…*", op. cit., p. 195.

se encuentren establecidas en la Constitución, por lo que la reserva se presenta como un medio que limita a la supremacía de la ley, al repartir las competencias entre el Ejecutivo. En el caso del derecho alemán, el legislador se encuentra habilitado para intervenir en cualquier materia, por lo que la reserva es un medio de protección de la supremacía de la ley[242].

En este orden de ideas, y como lo indica el Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, Rodrigo Pica Flores[243]

> "Asumiendo que la Constitución de 1980 buscó generar una democracia autoritaria y protegida, *mutatis mutandi* y sin desconocer todas sus reformas, desde esta perspectiva sigue desconfiando de la manifestación de voluntad popular: no tiene instituciones de democracia semidirecta y es eminentemente *ius fundamentalista* en los términos ya referenciados, para vedar espacios decisorios al legislador, constitucionalizando en el catálogo de derechos diversos temas que quedarían así sustraídos a toda deliberación de no existir una reserva general de ley en la materia, como las bases del sistema económico de mercado, el estatuto de las concesiones mineras, la propiedad de los derechos sobre las aguas, las bases del sistema privado de salud, seguridad social y educación, etc. Por otra parte, la capacidad de producción legislativa ha sido limitada en los hechos por la iniciativa legislativa exclusiva, la calificación de las urgencias y el veto, sumado a los quórums reforzados y el agregado legislativo del sistema electoral binominal, en el marco de un Congreso que es además bicameral. Así, el desarrollo de nuestra democracia representativa presenta obstáculos el ejercicio de la función legislativa, uno de sus canales más importantes, se hace dificultoso, aun cuando la capacidad regulatoria de la ley es reconociblemente amplia, a partir de la amplia habilitación del numeral 20.° del artículo 63".

En Chile, el principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales es actualmente usado en la alegación y argumentación de las partes en la judicatura

[242] CAZOR, K. y GUILOFF, M., op. cit., p. 482. Con el tiempo se ha producido un cruce de sistemas. Así la Constitución francesa de la V República ha llegado a una concepción germánica de la ley, al tiempo que la Constitución alemanda de Bonn, aunque con otros matices, está más cerca del sistema jacobino francés.
[243] PICA R, "*Aspectos…"* op.cit., p. 201.

constitucional en sede de inaplicabilidad[244]. En este sentido, es posible comprender que, en el sistema constitucional de derechos fundamentales, la reserva de ley cumple una posición en el control de constitucionalidad, atendiendo al carácter concreto de la institución de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales, existiendo así una reserva general de la regulación y otras reservas específicas de limitación, ambas en materias de derechos humanos[245].

Siguiendo con el exhaustivo análisis que realiza el Ministro Pica, lo primero que hay que señalar es que es posible constatar en la CPR la ausencia de una cláusula expresa que señale si todos los derechos fundamentales están o no afectos a una sola reserva general de ley. En segundo lugar, se constata que sí existen numerosas reservas de ley específicas en el catálogo del artículo 19 de la Constitución, bajo expresiones como "corresponderá al legislador", "en los casos y formas que señale la ley", "forma que fije la ley", entre otras, en alusión a temáticas o elementos determinados de algún derecho fundamental (en el caso de la titularidad de los extranjeros se ve reflejado en el derecho a la libre circulación). En tercer lugar, la existencia de una alusión a reserva o reservas de ley en el numeral 26.° del artículo 19, a propósito de la garantía del contenido esencial. Finalmente, en cuarto lugar, una prohibición de delegar facultades legislativas en la materia, en el estatuto de los Decretos con Fuerza de Ley contenido en su artículo 64, que es reflejo de la reserva de ley en el sentido formal[246].

La reserva de ley en materia de derechos fundamentales significa que "por un lado se 'reserva' en exclusiva al órgano legislativo democrático la regulación de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, se limita su margen de autonomía en la normación de dichas materias, quedando de cierta forma obligado a regularlas y a hacerlo, además, dentro de la densidad normativa y con el contenido esencial y mínimo que se exija en las normas constitucionales"[247].

---

[244] PICA FLORES, Rodrigo. "Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación normativa y limitación en materia de derechos fundamentales", en *Revista de Derecho*. 2013. Año 20, N.º 1, p. 195. También es utilizada en el marco de los controles de constitucionales de los autoacordados a petición de parte, pero esta acción no será analizada, sino que solo se remitirá a la inaplicabilidad por constitucionalidad de un precepto legal.

[245] Ibidem, p. 195.

[246] Ibidem, p. 203.

[247] Ibidem, p. 204. Otros autores como Marías Guiloff definen la reserva legal como "todo ámbito excluyente de la potestad reglamentaria autónoma en todos los casos en que un precepto *iusfundasmental* encomienda su regulación a la ley y en todo lo que se refiere a establecer las bases esenciales del

La reserva general en el derecho chileno no aparece dotada de un estándar de intensidad normativa predeterminado, por lo que no sería correcto caracterizarla *a priori* como una reserva absoluta, más aún si una de sus fuentes es el numeral 20.° del artículo 63, que da cabida a las leyes de bases[248].

Al no exigirse un estándar de regulación preciso ni una densidad normativa total, "la reserva general aparece dotada de un grado no menor de flexibilidad, propio del principio de autonomía del legislador, permitiendo que la ley sea concebida con una alta capacidad decisoria normativa, en cuanto a mérito y determinación de la intensidad normativa, poder que se encuentra limitado en principio por la garantía del contenido esencial y por otro lado por no incurrir en una remisión normativa de tal entidad que deslegalice la regulación del derecho fundamental y por ende eluda la garantía de reserva de ley"[249].

La problemática de la reserva de ley, en materia de derechos fundamentales, se centra en el interés contenido en la legitimación de la parte requirente en el proceso de inaplicabilidad ya que, por regla general, será respecto de un derecho fundamental del cual se podrá alegar infracción a su reserva de ley por lo que "se hace necesario rever las fuentes de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, su contenido y sus límites"[250]. Es por esto que la reserva de ley más importante de todo el sistema constitucional es la de derechos fundamentales, en tanto son fundamentos, límite y finalidad del ejercicio del poder estatal[251].

La CRP establece, en materia el control constitucional, tanto el control preventivo (*a priori*) y control *a posteriori* de la ley. Esto es de suma importancia en la configuración

---

ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales según el artículo 63 N.º 20." GUILOFF, M., op. cit, p. 259.

[248] *Artículo 63 CPR. - Sólo son materias de ley. 20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*

[249] PICA FLORES, R., "*Aspectos…",* op. cit., p. 208.

[250] Ibidem, p. 197. Por otra parte, la existencia de una reserva general de ley en materia de derechos fundamentales es una cuestión abordada insuficientemente en nuestro medio, y debe tenerse claro que, más allá de la discusión de la doctrina jurídica, no es un tema exclusivamente de ciencia del derecho: como se concluye a la luz de lo expuesto en el capítulo anterior, el rol que se le asigne a la deliberación parlamentaria en un régimen democrático determinará si es o no legítimo que el legislador "moldee", "configure" u "operativice" el ejercicio de los derechos fundamentales a partir de una reserva general y, al mismo tiempo, la desconfianza al legislador y la visión de las constituciones como normas intocables y cerradas, de tipo testamento, llevará a sostener que cualquier intervención legislativa en la materia puede tener aroma de ilegitimidad. Es decir, la cercanía y la confianza que se tenga en la función parlamentaria y en su inserción en el régimen democrático, determinará la concepción que se tenga de la reserva de ley.

[251] PICA FLORES, R., "*Aspectos…",* op. cit., p. 198.

del estatuto jurídico del extranjero en Chile: en el primer caso, todos los proyectos de ley relativos a normas que establecen mayor o menor grado de restricción de derechos fundamentales de los inmigrantes han sido sometidos a un control preventivo de constitucionalidad por parte de grupos de parlamentarios; en el segundo caso, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la titularidad de los derechos fundamentales de las personas inmigrantes a través de su sentencia Rol N.º 2.773 de 2012, de inaplicabilidad por constitucionalidad de una norma legal del Decreto Ley de Extranjería.

Como señala Jaime Bassa respecto a la jurisdicción constitucional:

> "La implementación de la jurisdicción constitucional significa un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico ya que la Constitución deja de ser sólo la norma de organización del poder para convertirse en parámetro de todo el ordenamiento, en cuanto norma jurídica de mayor rango, tanto formal como materialmente. Este cambio se complementa con la incorporación de nuevos principios en el ordenamiento jurídico, que relativizan la posición de la Ley y la forma en que ésta obliga a los órganos del Estado: el sometimiento de la ley a la Constitución significa el mismo sometimiento para los órganos del Estado"[252].

En este orden de ideas, a efectos de la determinación de la titularidad de derechos de las personas extranjeras, esta investigación se centrará en la reserva legal como garantía para los derechos fundamentales y no en términos de su óptica y vinculación con la potestad reglamentaria (relación ley-reglamento). Aunque esta última perspectiva puede resultar muy interesante a la hora de comprender el sistema chileno en materia de extranjería, se encuentra más bien vinculada al ámbito de las distribuciones de competencia de funciones, que al reconocimiento de derechos fundamentales.

En materia de inmigración, la regla general en el derecho comparado es la reserva de ley. Sin embargo, hasta antes de la entrada en vigor de la nueva normativa de extranjera, el D.L. N.º 1.094 de 1975 era una norma preconstitucional que no respondía a la lógica competencial inscrita en el artículo 19 N.º 26 de la Constitución vigente[253]. Esta mal

[252] BASSA, J., "*Estado*…" op. cit., p. 91.
[253] *Artículo 19.CPR- La Constitución asegura a todas las personas: 26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que*

llamada "ley de extranjería" entregó amplias facultades a la administración, lo que incide en la configuración del estatuto jurídico del inmigrante, contemplando incluso espacios muy amplios de discrecionalidad como la entrega de visados y permanencias definitivas, en que la razonabilidad de la decisión administrativa no se construye a partir de criterios establecidos en una norma legal, sino en meras apreciaciones que devienen en arbitrariedad[254].

La nueva Ley de Migración y Extranjería, que entró en vigencia en 2022, mantiene esta amplia discrecionalidad administrativa al entregarle a la administración, mediante la Subsecretaria del Interior o el Servicio Nacional de Migraciones, la determinación de los requisitos de ciertos visados como el de ingreso condicionado por causas humanitarias. Subsecretaría, mediante resolución, puede dictar instrucciones generales respecto de las causas que podrán ser calificadas de índole humanitaria (art. 29); el SERNAMIG puede realizar la delegación de la facultad de otorgar el permiso de permanencia transitoria a las autoridades señaladas en el artículo 166 para su ejercicio en los pasos habilitados, al que hace referencia el artículo 25 (art. 47 inc. 2.º); la definición de subcategorías migratorias, mediante Decreto Supremo del Ministerio del Interior y Seguridad Publica (art. 53); la definición de las subcategorías migratorias de residencia temporal (art. 70); los cambios de subcategoría migratoria de residencia temporal (art. 76), entre otras.

La reserva de ley se vincula con el principio de soberanía popular. En Chile no existe una disposición constitucional que, con carácter general, reserve a la ley la configuración, restricción y regulación de los derechos, sino que es la misma Constitución la que expresamente llama, habilita y reserva la regulación de cada derecho a la ley [255].

Como bien lo señala la profesora Constanza Salgado[256]:

> "Podría pensarse que los *quórums* de aprobación de la ley que exigen más que la mayoría simple establecen, de alguna forma, una garantía más intensamente democrática o una garantía más fuerte frente a la actuación legislativa. Eso es

las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio

[254] BASSA, J. y TORRES, F., "*Desafíos*…", op. cit., p. 110.
[255] SALGADO, C., op. cit., p. 251.
[256] Ídem.

> incorrecto. El principio de mayoría es una regla no solo esencial, sino que necesaria para la toma de decisiones democráticas. De esta forma, resulta evidente cómo la exigencia de *quórums* superiores a la mayoría para la aprobación de ciertas leyes no es un reforzamiento de la democracia, y por tanto tampoco implica una mayor garantía para los derechos, en la medida en que la regulación y configuración legal de muchos derechos se mantienen vigentes, aunque ya no se sostenga por la afirmación de una mayoría, sino de una minoría".

Sólo el legislador, a través de la ley, puede configurar, restringir y regular el ejercicio de los derechos. La idea, entonces, de reserva de ley es precisamente que la regulación, restricción y configuración de los derechos quede entregada exclusivamente a la Ley. La reserva legal, de esta forma, constituye una de las más importantes garantías de los derechos[257].

La regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales supone una garantía institucional en favor de los derechos, en la medida que su regulación/restricción es verificada mediante una deliberación pública y democrática en sede legislativa que tiene valor en sí misma. De esta manera, la ley asume una función creadora del derecho y no de mera aplicación de la Constitución[258].

El D.L. N.º 1.094 del año 1975, no contempla ninguna regulación especial relativa al ejercicio de los derechos de las personas inmigrantes. De hecho, no hay mención alguna a la forma en que el ordenamiento jurídico garantizará el ejercicio de sus derechos constitucionales.

Tampoco existe referencia a aquellos derechos vinculados más directamente con sus condiciones materiales de vida, como la vivienda, la salud, la educación, el trabajo o, considerando su condición particular como colectivo vulnerable, la actividad familiar, niñez y adolescencia, nacionalidad, integración de derechos culturales, entre otros. Estas constataciones confirman la perspectiva desde la cual la legislación aplicable hasta el año

[257] SALGADO, C., op. cit., p. 252.
[258] BASSA, J., y TORRES, F., "*Desafíos…"*, op. cit., p. 109.

2022 aborda el fenómeno migratorio tributario: asentada en la doctrina de la seguridad nacional y muy alejada al enfoque de derechos humanos[259].

Si bien la actual ley de migraciones contempla regulaciones específicas de los derechos de las personas extranjeras en estos ámbitos, mantiene condicionado el ejercicio de estos derechos a su estatus migratorio, es decir, a su situación de regularidad o irregularidad en el país. Esto es aún más explícito en materia de derechos sociales, en los cuales no solo se contempla como necesario estar en situación migratoria regular, sino también cumplir con un determinado plazo de permanencia en el territorio, como es el caso del acceso a la seguridad social, art. 16. Inc. 2.º LME;

> *Respecto de aquellas prestaciones y beneficios de seguridad social no contributivos financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas, respecto de los cuales no se establezcan, en forma directa o indirecta, requisitos de acceso que involucren una cierta permanencia mínima en el país, se entenderá que sólo tendrán derecho a ellas aquellos Residentes, ya sea en su calidad de titular o dependientes, que hayan permanecido en Chile, en tal calidad, por un período mínimo de veinticuatro meses***.**

El ejercicio de los derechos fundamentales es renunciable, pero su titularidad nunca. Para comprender esa afirmación, es necesario entender la concepción teórica de los derechos. Así, por ejemplo, una concepción tradicional permite comprender esta afirmación desde una teoría de la voluntad o del interés. La teoría de la voluntad comprende que tener un derecho conlleva encontrarse en una posición de control respecto de los deberes correlativos a ese derecho (el propietario controla la medida y términos en que otras personas pueden o no aprovecharse de sus bienes).

En cambio, una teoría del interés nos lleva a comprender que, en un derecho subjetivo, debe distinguirse entre la utilidad, valor o interés que el sistema jurídico busca proteger y las acciones para tal protección.[260] En este sentido;

[259] BASSA, J., y TORRES, F., "*Derechos…"*, op. cit., p. 1021.
[260] RIFFO, E., op. cit., p. 359.

> "La naturaleza de los derechos fundamentales es, en principio, capturada de mejor manera por una teoría del interés. En primer lugar, una teoría de la voluntad es insuficiente para dar cuenta de derechos fundamentales de los que las personas gozan, aunque no existan mecanismos para exigir (en especial, jurisdiccionalmente) su cumplimiento o satisfacción. Los derechos sociales son ejemplo claro de ello. En segundo lugar, el reconocimiento de derechos fundamentales se justifica, precisamente, por la existencia de intereses o bienes que merecen protección"[261].

No resulta posible traspasar a otra persona un derecho fundamental. Son derechos inherentes las personas. Dada la naturaleza no patrimonial de los derechos fundamentales, así como su universalidad, todo traspaso carecería de sentido: la persona a quien se traspase no ganaría nada, no tendría más o un mayor derecho, pues los derechos fundamentales carecen de entidad cuantificable[262].

Esto se traduce en que las condiciones materiales, en las cuales las personas extranjeras se incorporan en el ejercicio de los derechos, configuran estatutos jurídicos fragmentados en la práctica. Aunque las declaraciones normativas reconozcan derechos fundamentales en titularidad universal, sin distinciones (como el encabezado del artículo 19 de la Constitución), lo cierto es que la precariedad en la que viven muchas y muchos inmigrantes les deja expuestos a los efectos de la desventaja estructural que les afecta. Esto impacta gravemente en el ejercicio de derechos, tales como igualdad ante la ley y el acceso a la justicia, donde la discriminación estructural y la falta de medios adecuados para la defensa jurídica les margina, en la práctica, del sistema constitucional de protección de derechos fundamentales[263].

El Tribunal Constitucional chileno ha sido enfático en señalar que es un principio general y básico del derecho constitucional chileno que la reserva legal en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales solo le corresponde al legislador[264].

---

[261] Ídem
[262] Ibidem, p. 362.
[263] BASSA, J., y TORRES, F., "*Derechos*…", op. cit., p. 1030.
[264] Ver Sentencia Tribunal Constitucional 239-96, de 5 de agosto de 1996.

3.1. Limitaciones y restricciones del legislador en materia de titularidad y ejercicio de derechos fundamentales de los extranjeros

La estructura del derecho constitucional distingue entre el ámbito de un derecho y su protección. Se hace alusión al término "ámbito" en términos de sus límites, fronteras y su contenido, lo cual debiera tener su origen en una deliberación democrática. Esto nos permite definir las posibilidades de limitación de su ejercicio en el nivel infra constitucional, en este caso, en la ley[265].

La afirmación de que los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados es común en la jurisprudencia y la doctrina. Esto implica afirmar que los derechos tienen límites, admiten restricciones y han de ser configurados y regulados legislativamente. La mayoría de las constituciones señalan, expresamente, de manera particular o general, que los derechos y libertades tienen límites y que pueden ser restringidos lícitamente[266].

Comprender las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales desde la óptica nacional es complejo, ya que ni la doctrina ni la Constitución establecen definiciones concretas en la materia, lo que muchas veces se confunde con términos como "delimitación", "configuración", "suspensión" o "restricción"[267].

El concepto "limitaciones" se comprende como "aquellas restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico, de manera que tal pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas es por esencia antijuridica y

[265] ÁLVEZ, Amaya. "Capítulo II: Norma y tipicidad iusfundasmental". En CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza. *Manual de derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago de Chile: Lom, 2018, p. 55.

[266] SALGADO, Constanza. "Capítulo VI: Límites y restricciones a los derechos fundamentales". En: CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza. *Manual de derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago de Chile: Lom, 2018, p. 207. El argumento general que justifica la existencia de restricciones es que estas son necesarias para conciliar el ejercicio de cada derecho con el ejercicio de los derechos de los demás, con otros bienes constitucionales y con fines lícitos que pueda perseguir el Estado en pos del interés general.

[267] PICA FLORES, R., "*Aspectos*…", op. cit., p. 209; SALGADO, C., op. cit., p. 217. Es importante resaltar que la falta de sistematicidad en el uso de los términos «delimitación», «configuración», «limitación», «límites» o «restricción» no se debe a pura falta de acuerdo semántico. Tras estos términos subyacen distintas teorías sobre el tipo de normas que los derechos son y sobre la posición del legislador frente a los mismos. Dependiendo de qué teoría se adopte, se puede entender que todo acto de restricción es, en principio, un acto de delimitación de derechos (o, en otras palabras, de límites que surgen desde los propios derechos), o bien que todo acto de configuración de derechos, en función de la delimitación de su contenido, debe entenderse siempre como un caso de restricción. La comprensión de lo que el legislador haga en cada caso dependerá, de esta forma, de cuál es la teoría de los derechos que le subyace.

puede derivar para el titular infractor en las responsabilidades que para tal efecto prevé el ordenamiento jurídico positivo"[268]. Sin embargo, esta definición no parece del todo correcta ya que, tal como señala el Ministro Pica, asimila limitación con restricción, sin contemplar los derechos fundamentales, en tanto derechos con rango constitucional, pueden ser restringidos solo o mediante la base de otras normas con rango constitucional[269], como por ejemplo en el caso de los Estados de Excepción Constitucional[270]. Restringir un derecho implica reducir el ámbito de su ejercicio por consideraciones externas o internas admitidas por la Constitución.

Por otro lado, la "delimitación de un derecho" consiste en precisar el contenido protegido por el derecho, es decir, la idea de límites corresponde a la determinación de "los contornos de los derechos"[271].

Las cláusulas delimitadoras que aparecen reiteradamente en la Constitución son: la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional y la seguridad del Estado. Estas claúsulas en materia de extranjería son normalmente utilizadas a efecto de determinar la "utilidad" de la permanencia del extranjero en el territorio nacional.

La "configuración de un derecho" es el espacio que tiene el legislador para establecer la institucionalidad necesaria para ejercerlo. Es decir, la precisión de su contenido eficaz, lo que incluye las instituciones y procedimientos para su ejercicio, o en otros casos, la limitación necesaria para hacer compatibles entre si el ejercicio de los distintos derechos o preservar otros bienes constitucionales que el ejercicio podría amenazar[272]. La configuración legislativa de un derecho se diferencia de su restricción porque en el primer caso el legislador le está dando forma concreta al derecho para que su titular pueda ejercerlo; y en el segundo no es el legislador quien reduce el ámbito de ejercicio del derecho, sino que la Constitución.

---

[268] TÓRTORA ARAVENA, Hugo. "*Las limitaciones a los derechos fundamentales*", en *Estudios Constitucionales.* 2010. Año 8, N.º 2, p. 169.
[269] PICA FLORES, R., "*Aspectos*…", op. cit., p. 209.
[270] *Art. 39 CPR. El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado.*
[271] SALGADO, C., op. cit., p. 215.
[272] PICA FLORES, R., "*Aspectos*…", op. cit., p. 211; SALGADO, C., op. cit., p. 216.

Por último, cuando hablamos de "privación de un derecho" nos referimos a los casos en que se niega un derecho a su titular. En una interpretación *stricto sensu*, ni la Constitución ni la Ley debería privar a una persona de ser titular de un derecho fundamental.

Por eso, como señala la mayoría de la doctrina, "el lenguaje de la privación es el lenguaje de la denuncia. Si la Constitución o la ley priva una persona de sus derechos, lo que ocurre es que está actuando, en alguna medida, de manera ilegítima. Por eso que una manera de justificar las privaciones es entenderlas como sanciones"[273].

En materia de titularidad de derechos de las personas, esto se ve claramente reflejado en los casos en que la Constitución priva a una persona del derecho de sufragio, y por ende de su calidad de ciudadano, en caso de ser condenado a pena aflictiva o respecto a la comisión de ciertos delitos (art. 17 CPR).

Tal como explica el Ministro Pica:

> "No obstante, debe advertirse que si la Constitución chilena quiso establecer lo que denominaré una reserva general de "configuración y desarrollo", entendida como regulación, y un conjunto de reservas específicas de "restricción", la diferenciación no es fácil en los hechos, incluso se puede afirmar que eventualmente podría rayar en lo tautológico, pues, como lo reconoce el mismo Alexy 'cuando algo es restrictivo desde algún punto de vista, sigue siendo restrictivo, aun cuando desde algún otro punto de vista sea configurador', es decir, en los hechos la regulación por un lado garantizará el ejercicio del derecho y por el otro siempre le establecerá límites, lo que hace especialmente dificultoso diferenciar ambas nociones"[274].

Los términos antes explicados deben distinguirse de los casos de violación de los derechos. La diferencia radica en que la violación de un derecho es una restricción o privación no admitida por la Constitución, y de esta forma constituye una actuación ilícita[275].

[273] SALGADO, C., op. cit., p. 216.
[274] PICA FLORES, R., "*Aspectos*…", op. cit., p. 211.
[275] SALGADO, C., op. cit., p. 217.

Respecto a lo anterior, existen dos teorías que permiten entender cuando la ley delimita, restringe o configura un derecho. La primera, denominada "teoría externa", entiende que los derechos son principios que, dado su amplio alcance, siempre están expuestos a ponderación, es decir, a verse restringidos por otros principios o bienes. Aquí, los derechos deben entenderse de la manera más amplia posible, por lo que es normal que las leyes restrinjan derechos en la medida que estén consagrados en la Constitución en un sentido amplio y no delimitado en sus contornos[276]. La restricción, de esta forma, se encuentra conceptualmente separada del derecho.

La "teoría interna", en cambio, entiende que los derechos y libertades aparecen en la Constitución con un sentido y alcance ya delimitados y definidos, por lo que la ley nunca puede restringirlos. "Esto significa que la ley, o bien restringe el contenido de un derecho, y por tanto es inconstitucional, o bien no alcanza a traspasar sus contornos, y, por tanto, el legislador tiene un margen para legislar que no está limitado por derechos. Esta teoría se denomina interna porque postula que lo que parecen lícitas restricciones que provienen desde el exterior, no son sino casos de delimitación o demarcación de los contornos de lo que el derecho garantiza. De esta forma, lo que el derecho protege es algo que está limitado internamente. Para la teoría interna, entonces, toda limitación o restricción es, o bien un acto de delimitación, o un bien un acto que invade el contenido protegido por el derecho y, por tanto, un acto prohibido"[277].

No es necesario entrar, para los fines de esta investigación, en el desarrollo objetivo de cada una de estas teorías. Bastará con comprender las diferencias entre cada una de ellas a efectos de comprender cuál pareciera ser más adecuada respecto a la limitación de derechos fundamentales en relación con las personas extranjeras y la forma en que los Tribunales han resuelto casos respecto a su titularidad de derechos.

En ese sentido, la teoría interna recurre a la interpretación como forma de precisar los límites de los derechos y los ámbitos en que la ley tiene prohibido intervenir. La teoría

[276] Ibidem, p. 218.
[277] Ibid., p. 219.

externa recurre al principio de proporcionalidad para determinar cuándo una restricción se encuentra constitucionalmente admitida[278].

La posibilidad de limitar a casi todos los derechos constitucionales implica que su ámbito de protección constitucional está establecido en razones y fundamentos dados en el texto de la Constitución. Estos fundamentos deben ser interpretados y aplicados caso a caso[279]. La Constitución chilena no establece una cláusula de habilitación general para que el legislador regule, configure, limite o restrinja los derechos que consagra.

En materia de derechos fundamentales, es reconocible en la Constitución chilena una reserva general de ley para su regulación: derivada del artículo 5.° del numeral 26.° del artículo 19, del numeral 20° del artículo 63 y de su artículo 64. Por otra parte, distinguiendo la "regulación" de la "limitación", sin especificar la diferencia, el numeral 26.° del artículo 19 pareciera reconocer solo reservas específicas y taxativas de limitación. Finalmente, es reconocible además una reserva de ley diferente, derivada del derecho internacional y referida a "restricciones" de derechos reconocidas en la CADH en su art. 30[280].

En Chile no existe una cláusula de limitación general. La Constitución de 1980 optó por las cláusulas de limitaciones específicas[281]. Si las normas de limitación están destinadas a ser utilizadas por el legislador, se consideran cláusulas de limitación mediatas. Es el

[278] SALGADO, C., op. cit., p. 222. La teoría externa y una comprensión de los derechos como principios. En el ámbito de la teoría externa, las colisiones entre los derechos son inevitables. Cuáles de las posibles restricciones a los derechos son lícitas y cuál ha de ser la intensidad de estas es una cuestión que se determina aplicando el principio de proporcionalidad. De esta forma, el principio de proporcionalidad se vuelve crucial para la operatividad de la teoría externa.
Para la teoría interna, en cambio, la consecuencia jurídica de una norma se produce cuando se cumplen todas sus condiciones. Y lo que en principio podrían parecer cláusulas constitucionales que restringen un derecho, deben ser entendidas, más bien, como cláusulas que agregan elementos que permiten determinar aún más el alcance del supuesto derecho y, de esta forma, el alcance concreto de la protección constitucional.
[279] ÁLVEZ, A., op. cit., p. 58.
[280] [280] PICA FLORES, R., "*Aspectos*…", op. cit., p. 209. *Artículo 30 CADH. Alcance de las Restricciones Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*
[281] Ibidem, p. 70. Por ejemplo, el artículo 19 N.° 6 garantiza la libertad de conciencia y de religión y establece una cláusula de restricción que limita las actividades de los «cultos que se opongan a la moral, a costumbres o al orden público». La interpretación inicial del alcance de la protección de los derechos constitucionales de libertad de religión y libertad de conciencia está en manos del legislador. Pero frente a un caso concreto, el tribunal tendrá que interpretar la cláusula de limitación con el fin de ver si la limitación está justificada.

caso de la libertad de movimiento en el orden constitucional chileno, contenida en el artículo 19 N.° 7, cuya única referencia a una limitación es que debe ser establecida por la ley. En este caso, la cláusula debe ser entendida como una reserva legal de la creación de facultades legislativas para establecer los límites[282].

Una de las consecuencias que se coligen del principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, en el caso de reservas específicas, es que "la intervención legislativa resulta irrenunciable en la materia respectiva", pues se impone al legislador un estándar material y cualitativo de regulación, como por ejemplo garantizar el acceso a "prestaciones básicas y uniformes" en materia de seguridad social, cuyo incumplimiento puede acarrear inconstitucionalidades por omisión[283].

3.2. El núcleo esencial como criterio de limitación en la actuación del legislador

En Chile, la Constitución de 1980 adoptó el modelo de un núcleo esencial del derecho como un límite a las limitaciones en el artículo 19 N.° 26 de la Constitución.

> *Art. 19 CPR. La Constitución segura a todas las personas:*
> *26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrá afectar los derechos en su esencia ni impedir, poner condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*

La regulación de los derechos es la garantía de su contenido esencial, principalmente frente al legislador, según dispone el Art. 19 N.° 26 CPR. Este es el primer límite que encuentra el legislador en la regulación de los derechos, lo que da cuenta del carácter normativo y directamente aplicable de los preceptos constitucionales. Esta norma no establece distinciones entre los derechos, extendiendo su garantía a todos ellos[284].

Esta disposición establece expresamente al legislador que, al limitar un derecho fundamental, no puede realizarlo a su mero arbitrio, sino que siempre debe respetar el

[282] Ibidem, p. 69.
[283] PICA FLORES, R., "*Aspectos*…", op. cit., p. 199.
[284] BASSA, J., "*Estado…"*, op. cit., p. 168.

contenido esencial del derecho[285]. Tampoco puede establecer condiciones, tributos o algún requisito que impida el libre ejercicio del derecho.

Como la doctrina chilena sostiene, la noción de contenido esencial constituye una de las piedras angulares del entramado conceptual que sostiene al sistema de protección de los derechos fundamentales en el sistema constitucional chileno. Se trata de una categoría conceptual abierta e indeterminada, que cuenta con un denso contenido material[286].

El contenido esencial está formulado como un límite al legislador en el ejercicio de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. Esta categoría, dada su concepción indeterminada, ha sido utilizada como una de las principales herramientas para la configuración hermenéutica de los derechos, tanto en sede de control preventivo de constitucionalidad de las leyes, como en sede de protección en la judicatura ordinaria[287].

Sin embargo, se trata de una categoría constitucional polémica, que se ha consolidado al alero del llamado "neoconstitucionalismo", en el cual los principios constitucionales y la función de los jueces constitucionales se estructuran como máximos intérpretes de la Constitución. Sin embargo, uno de sus problemas es que, al tratarse de una categoría abierta e indeterminada, su configuración queda entregada, precisamente, a la interpretación constitucional"[288].

En ese sentido, y compartiendo el análisis que realizan los profesores Jaime Bassa y Christian Viera:

> "A nuestro juicio, el contenido esencial en tanto concepto constitucional debiera complementarse con un esfuerzo por desontologizar el estudio de los derechos, mediante la incorporación de la dimensión material que cada uno de ellos tiene.

[285] Para un estudio detallado del concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales, vease MARTÍN HUERTAS, Ascensión. "El contenido esencial de los derechos fundamentales", en *Revista de las Cortes Generales*. 2008. N.° 75, pp. 105-190.
[286] BASSA, Jaime y VIERA, Christian. "Capítulo IX: Contenido esencial de los derechos fundamentales". En: CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza. *Manual de derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago de Chile: Lom, 2018, p. 323.
[287] Ídem.
[288] Ídem.

> Los derechos contenidos en las constituciones no son sólo declaraciones de principios, son también enunciados normativos que establecen y regulan relaciones jurídicas entre sujetos (Estado e individuos), las que se construyen y desarrollan normativamente a partir de garantías y deberes, los que podrán ser exigidos según la configuración, particular y contingente, del caso concreto, es decir, luego de trabada una relación jurídica específica. Sin la consideración de este elemento material en la construcción del concepto, el recurso a categorías abiertas e indeterminadas para definir otro de iguales características seguirá arrojando definiciones tautológicas"[289].

El Tribunal Constitucional chileno se ha referido al contenido esencial señalando que "un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica".

A su vez, ha señalado que para determinar el contenido esencial de un derecho es necesario atender, por una parte, a su naturaleza jurídica. Esto corresponde a aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo de escrito; y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. Asimismo, para determinar el contenido esencial de un derecho, es necesario atender a los intereses jurídicamente protegidos: aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos[290].

En este mismo sentido, el TC ha comprendido que el derecho es impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse: es decir, cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Es por esto que la determinación del contenido debe tener en consideración dos elementos irrenunciables: el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y las condiciones

[289] Ibidem, p. 237.
[290] Sentencia Tribunal Constitucional 2693-15, 13 de octubre de 2015. Considerando 10

inherentes de las sociedades democráticas, luego de determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación[291].

Respecto al conjunto de disposiciones relativas a los extranjeros en Chile, el Tribunal Constitucional ha determinado que estas normas provienen del derecho internacional de los derechos humanos, lo que implica reconocer que se trata de una potestad del derecho interno de cada Estado el recibir la inmigración conforme a sus leyes. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad. Estos derechos pueden ser limitados, como todo derecho constitucional, bajo los test propios de igualdad, proporcionalidad y respeto del contenido esencial de los mismos, según las reglas constitucionales generales, pero sin comprometer la esencia del derecho. Es necesario que las medidas restrictivas se ajusten al principio de proporcionalidad, sean adecuadas para desempeñar su función protectora, constituyan el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado y guarden proporción con el interés que debe protegerse[292].

En ese sentido, la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales supone una garantía institucional en favor de los derechos, en la medida que su regulación-restricción es verificada mediante una deliberación pública y democrática en sede legislativa que tiene valor en sí misma[293].

4. La interpretación constitucional de la titularidad de derechos de las personas extranjeras

Como bien sabemos, las reglas de interpretación de una norma se encuentran establecidas en los artículos 19 al 24 del Código Civil chileno. Reglas como la historia fidedigna de la ley, o el espíritu del legislador permiten entender el sentido de la ley cuando su tenor literal no es claro.

[291] Sentencia Tribunal Constitucional 792-08, 3 de enero de 2008. Considerando 13; Sentencia Tribunal Constitucional 2841-16, 21 de enero de 2016, Considerandos 20-25; Sentencia Tribunal Constitucional 3029-17, 21 de noviembre de 2017. Considerando 14.
[292] Sentencia Tribunal Constitucional 2273-12, de 4 de julio de 2013. Considerandos y 43 y 13
[293] BASSA, J., y TORRES, F., "*Desafíos…"*, op. cit., p. 109.

Sin embargo, como bien lo señala el Código Civil, que es una ley, estas reglas sirven para la interpretación de la ley en sí. En tanto nuestro sistema jurídico se sustenta en el principio de supremacía constitucional, no se podrían aplicar estas reglas de interpretación contenidas en una norma de rango inferior a la Constitución. En ese sentido, las normas interpretativas de Savigny resultan improcedentes, anacrónicas e inaplicables para la solución de litigios constitucionales[294].

La necesidad de interpretación de las normas constitucionales es consecuencia de reconocer el carácter jurídico de la Constitución y su consecuente obligatoriedad como norma de derecho, es decir, reconocerle el carácter de norma jurídica, autoejecutable o el carácter del *lex decisoria litis*[295]. La interpretación de la Constitución, en un sentido existencial, no es otra cosa que su aplicación. Y sin interpretaciones la aplicación es imposible.

Lo anterior es posible de comprender cuando se considera que el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de sus principios y de sus preceptos constitucionales, permitiendo variadas interpretaciones la carta fundamental. No hablamos de interpretaciones jurídicas, sino interpretaciones políticas, es decir, de maneras diversas de entender el texto constitucional, cuyos enunciados han de construirse, por tanto, con conceptos de valor de un alto grado de abstracción[296].

La Constitución implica una habilitación amplia del legislador para regular ciertas materias relevantes, donde su interpretación constitucional será complementada con un proceso deliberativo en sede jurisdiccional, en lo particular, cuando este último se verifique mediante un órgano colegiado. La aplicación y vigencia normativa de la

[294] Para un mayor detalle, Véase OLLERO, Andrés. "Savigny ante la interpretación del derecho: el legalismo aplazado", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*. 1978, pp. 18-19.
[295] PICA FLORES, Rodrigo. "Aspectos generales de la hermenéutica constitucional", en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*. 2006. Vol. 13, no. 1, pp. 144 y 145.
[296] LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 573 y ss.

Constitución, en este caso, dependerán de cómo la interpretación constitucional concretiza su contenido material a fin de adjudicar los intereses en controversia[297].
Hay que considerar que la interpretación constitucional no puede reducirse a tener solo en consideración el orden jurídico, sino que además debe incorporar aquellos factores políticos, históricos, sociales, económicos y culturales en los cuales se ha desarrollado la vida constitucional del país[298].

Tal como señala el Ministro Pica: "La interpretación constitucional, es la producción del sentido del texto constitucional al aplicarlo al caso concreto, para salvaguardar la supremacía de la Constitución. Ello, partiendo de la base de que la Constitución, no tiene vida sino se la interpreta"[299].

Para los profesores Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada y Christian Viera, el ejercicio hermenéutico no es neutro ni valorativo, por el contrario, supone un importante espacio de discrecionalidad y de creación política en la interpretación de la Constitución, cualquiera sea el órgano que lo realiza. Sin embargo, dada la indeterminación de los enunciados normativos que protegen los derechos, su relación con el principio democrático y la garantía constitucional de la reserva de ley en su regulación, la interpretación solo puede ser legítima o suficiente cuando es realizada en sede legislativa.

Dada la diversidad cultural de la sociedad contemporánea, y considerando que la Constitución obtiene de dicha sociedad la legitimidad que posibilita su efectiva vigencia normativa, no se puede establecer como objetivo del ejercicio de interpretación constitucional el que asuma un determinado proyecto particular o que garantice su implementación; por el contrario, en el actual concepto democrático, la Constitución debiera ser entendida precisamente como la garantía para la coexistencia de dicha diversidad[300].

[297] BASSA, Jaime, FERRADA, Juan Carlos y VIERA, Christian. "La interpretación institucional de los derechos fundamentales en un Estado democrático de derecho", en *Revista Mexicana de Derechos Constitucional*. 2017. N.° 37, p. 267.
[298] PICA FLORES, R., "*Acerca*…", op. cit., p. 147.
[299] Ídem.
[300] BASSA, J. et.al, op. cit., p. 271.

La apertura de las normas constitucionales hacia la regulación de realidades no contempladas en los textos constitucionales decimonónicos, refleja la diversidad política y cultural de la sociedad contemporánea, lo que se expresa principalmente en el catálogo de sus derechos fundamentales y en el reconocimiento de algunas de los condicionales materiales de existencia de las personas, necesarias para el ejercicio de sus derechos.
Respecto a los derechos fundamentales, dado el carácter abierto e indeterminado de las normas fundamentales, no existe un único significado posible, sino que una diversidad de significados cuya concretización dependerá de cómo se argumenta cada decisión. La aceptación de la norma constitucional no depende de la decisión política manifestada en el momento constituyente, sino en una serie de decisiones normativas posteriores que materializan los contenidos posibles de la norma fundamental. Como, por ejemplo, las leyes de reformas o las leyes interpretativas de la Constitución[301].

El ordenamiento jurídico chileno contempla diversos órganos competentes para la interpretación de las normas constitucionales, tales como los órganos colegisladores, es decir, el presidente de la República, el Congreso Nacional; los tribunales ordinarios de justicia, especialmente las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema; y el Tribunal Constitucional. El primer llamado a interpretarla, a criterio de estos autores, se realiza en el proceso legislativo[302].

En los casos de conflicto respecto a la interpretación constitucional, quienes están llamados a zanjar esta controversia son los tribunales superiores de Justicia y especialmente el Tribunal Constitucional. Estos se pronuncian si se presenta una diferencia en la interpretación constitucional durante el proceso legislativo; si la diferencia no puede ser resuelta por la vía deliberativa parlamentaria, se debe recurrir al Tribunal Constitucional para intentar resolver dicha disputa.

Por lo tanto, en materia de interpretación, la solución sería que en los procedimientos de la democracia, en la generación del órgano intérprete de la Constitución, permitan que el horizonte del intérprete se ajuste a los de la comunidad. “Entonces la solución es otra que democratizar procedimentalmente la generación de la judicatura constitucional y sujetarla al control propio a la democracia en el ejercicio de sus funciones para que vele por esta

[301] BASSA, J. et.al, op. cit., p. 273.
[302] Ibidem, p. 277.

en los aspectos de fondo a través de sus decisiones. Esto significa que la hermenéutica constitucional es el punto culmine de la justicia constitucional, pues a través de ella se realiza dicha justicia para el caso concreto, lo que significa aplicar la Constitución al caso, a su época, a sus condiciones y adaptarlas a los contextos políticos en que se encuentra inmersa, que no deben ser otros que la democracia"[303].

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha establecido respecto a la interpretación de la titularidad de los derechos de las personas extranjeras varios criterios, en atención a los principios democráticos que debe considerar la hermenéutica constitucional. El principio *pro homine*, la supremacía constitucional, la vinculación directa a la Constitución, la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes y el derecho internacional de los derechos humanos; todos los cuales se encuentran incorporados en el ordenamiento jurídico nacional través de la cláusula de habilitación que establece en el art. 5.º inc. de la CPR.

4.1. La dignidad humana en el sistema constitucional chileno como fundamento de la titularidad genérica de derechos.

Para comprender la regla de titularidad en Chile, es necesario, previamente, entender y vincular la dignidad humana con el concepto de persona. Es sobre estas concepciones que el texto constitucional construye la titularidad de derechos en clave de igualdad: en un reconocimiento igualitario de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad política que, como veremos, viene determinado por la corriente liberal del Siglo XVII y la doctrina de la Iglesia Católica[304].

El término "dignidad" es de reciente aparición en la literatura jurídica. No figuraba en las primeras y emblemáticas declaraciones de derechos de los Estados Unidos de América y de Francia de finales del s. XVIII, ni en los textos posteriores, hasta casi la segunda mitad del siglo XX. Su incorporación se realiza con posterioridad a la DUDH en 1948 y su

[303] PICA FLORES, R., "*Acerca*…", op. cit., p. 156.
[304] CONTRERAS, P. "*Titularidad…"* op. cit., p. 122.

reconocimiento en la Ley Fundamental de Bonn en 1949. En nuestro país es incluido recién en el texto constitucional de 1980[305].

El texto constitucional de Chile de 1980 establece la dignidad humana en dos supuestos: primero, en su artículo 1.º como base de la institucionalidad al señalar *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*; y segundo, como límite al *ius puniendi* del Estado, en su Art. 5.º inciso 2.º, al indicar que:

> *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que encuentren vigentes*[306].

Cabe recordar que la Constitución chilena no es ideológicamente neutra[307]. Un sector conservador de la doctrina establece que el texto de 1980 asume una visión del Estado de derecho y de la organización social en que la dignidad tiene una participación relevante junto a la libertad y la igualdad, cuya finalidad se encuentra claramente establecida en la Comisión de Estudios para la nueva Constitución que señala:

---

[305] BASSA, J., "*Elementos*…" op. cit., p. 19. El resultado es un Estado de derecho en una Constitución que no responde a las categorías propias del constitucionalismo occidental, donde toda la institucionalidad ha sido diseñada en dictadura y mantiene su vigencia y aplicación aún en democracia; En un mismo sentido, VIERA, C., "*Notas filosóficas*…", op. cit., p. 186. La Constitución de 1980 se inserta en una realidad chilena peculiar (…) es un ensayo político que pretende legitimar desde una perspectiva normativa/constitucional un modelo liberal/autoritario (siguiendo a Von Hayek o Schmitt), sin un sistema democrático, basándose en una dictadura militar, que legislaba irregularmente vía decretos leyes, en Estados de excepción, con persecución, tortura y desaparición de sus adversarios políticos, por lo que su aprobación vía plebiscito ha sostenido la nulidad de origen de esta Carta Fundamental.
Durante la dictadura chilena se instala, por la fuerza, una nueva concepción constitucional de orientación antirrepublicana. Esto conlleva la supresión del Congreso Nacional, la persecución y exilio de muchos y muchas chilenas, alterándose los flujos migratorios (ahora de emigración) y dictándose una normativa enfocada en la seguridad interior del Estado y el control de fronteras. Véase: VIERA ÁLVAREZ, Christian. "Análisis crítico de la génesis de la constitución vigente", en *Revista de Derechos Fundamentales*. 2011. N.° 5, pp. 151-171; LLANOS, Claudio "Chile 1970 -1973: Las versiones oficiales, interpretaciones y planteos políticos. 'Avance hacia una nueva interpretación'", en *Boletín Americanista*. 2005. N.° 55, pp. 169-190; CORVALÁN, Luis. *El gobierno de Salvador Allende*. Santiago de Chile: Lom, 2003; TOMIC, Radomiro. "Reflexiones Sobre el Golpe de Estado en Chile", en *Institute of Development Studies Bulletin*. 1975. Vol. 7, n.° 3, pp. 26-31; SALAZAR, Gabriel. *En el nombre del poder constituyente (Chile Siglo XXI)*. Santiago de Chile: Lom, 2011; MONSALVE, Danny "La dictadura militar de Augusto Pinochet como nueva historia política: perspectiva historiográfica y algunos temas para su indagación", en *Revista Austral de Ciencias Sociales*. 2012. N.° 23, pp. 61-82; RUIZ TAGLE, Pablo. *Cinco repúblicas y una tradición: constitucionalismo comparado chileno*. Santiago de Chile: Lom, 2016.

[306] OVALLE, Marcelo. "La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del Tribunal constitucional de Chile", en *Dikaion*. 2019. Vol. 28, n.° 1, p. 42.

[307] [307] Ibidem, p. 43.

> "El nuevo régimen político institucional descansa en la concepción humanista de hombre y de la sociedad propia de la civilización occidental y cristiana a la que pertenecemos y según la cual los derechos del ser son anteriores y superiores al Estado, el que tiene el deber de darles segura y eficaz protección" [308].

El texto constitucional chileno contiene una fuerte influencia iusnaturalista, con un predominio de la doctrina católica, reflejada en su origen histórico, tanto en las primeras etapas de ensayos y reglamentos constitucionales, como en las comisiones redactoras de la carta de 1980[309]. Esta concepción clásica o tradicional deriva del iusnaturalismo desde su concepción filosófica, ideológica o religiosa basada en el ser humano. El iusnaturalismo sostiene que existen derechos que toda persona posee como tal, derivados de su dignidad, los cuales son inherentes a la persona, anterior al Estado, inalienables e inviolables, imprescriptibles, irrenunciables, e intransmisibles[310].

Esta concepción iusnaturalista ha sido recogida por el TC, resaltando que "la Constitución se ha encargado de caracterizar a la persona en una visión humanista que, precisamente, enfatiza que ella es sujeto y no objeto del derecho. Es así como los atributos básicos de la persona, que se encuentran consignados en el Art. 1.º CPR, son de profundo y rico contenido doctrinario y reflejan la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance respecto de la preceptiva constitucional. Una última característica de la persona puede ser advertida en el contexto de los valores y principios recogidos en el Art. 1.º CPR: se trata de que la persona está dotada de materia y espíritu"[311].

---

[308] COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. "Actas Oficiales de la Comisión Constituyente", en *Biblioteca del Congreso Nacional* [en línea].1981, p. 149. [Fecha de la consulta: 22 de mayo de 2022]. Disponible en: https://www.bcn.cl/portal/resultado-busqueda?texto=comisi%C3%B3n%20ortuzar&dc_source=&npagina=1&orden_por=1&orden_ad=desc&tipo_recurso=Acta%20Comisi%C3%B3n%20Ort%C3%BAzar..

[309] PALMA, Eric. *Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812-1924) Nueva Historia Constitucional*. Santiago de Chile: Lom, 2012.

[310] TAJADURA, Javier. *Los derechos fundamentales y sus garantías.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 24. Las doctrinas iusnaturalistas se encuentran en la base del surgimiento de las Revoluciones Liberales del siglo XVIII, al rechazar la identificación entre ley y derecho que permite recurrir a los derechos como las normas suprapositivas que se imponen al legislador.

[311] Sentencia Tribunal Constitucional 740-2008, 18 de abril de 2008. Considerandos 45 y 46, sobre requerimiento de inconstitucionalidad de todo o parte del Decreto Supremo Reglamentario N.° 48 del Ministerio de Salud, que aprueba las "Normas Nacionales sobre regulación de la Fertilidad".

El texto constitucional no entrega una definición sobre dignidad humana, sin perjuicio que en su Art. 1.º consagra como base de la institucionalidad que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. El Tribunal Constitucional chileno ha desarrollado una amplia jurisprudencia relativa al concepto de dignidad humana.[312] Señala que "la dignidad, a la cual se alude en el artículo 1.º inciso 1.º CPR, principio capital de nuestra Constitución, es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados (considerando 17)"[313].

Una aproximación al concepto de dignidad desde la CPR permite distinguir dos aspectos: primero, la dignidad/autonomía, y segundo, la dignidad/igualdad[314]. En el primer caso, la Constitución resalta la condición de agente moral de los seres humanos y su posibilidad de discernimiento en el obrar y actuar. Se trata de una comprensión de la idea de libertad, de la autonomía de los seres humanos. En el segundo caso, el derecho resalta la condición igualitaria de reconocimiento y respeto que merecen todos los seres humanos. Este segundo aspecto permite la construcción de la regla de titularidad en clave de igualdad para los chilenos, chilenas y extranjeros.

El TC ha comprendido que la dignidad es un principio matriz del sistema institucional vigente, del cual se infiere "con claridad inequívoca, que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derechos fundamentales que se asegura en su artículo 19 (…) Que, de la dignidad, valor que singulariza a toda persona humana, se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles, e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. (considerandos 16 y 17)"[315].

[312] Véase artículo 1.° inciso 1.° de la Constitución Política de la República de Chile. CHILE. Decreto 100, de 17 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005, número 38268, 48 páginas.

[313] Sentencia Tribunal Constitucional 389-03, 28 de octubre de 2003, sobre proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el código penal en materia de lavado y blanqueo de activos.

[314] GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. "Diccionario Constitucional Chileno", en *Cuadernos del Tribunal constitucional*. 2014. N.° 55, p. 396

[315] Sentencia Tribunal Constitucional 1287-2008, 8 de septiembre de 2009, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N.° 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N.° 2.763, de 1979, y de las leyes N.° 18.933 y 18.469, en el recurso de protección que ha deducido ante la Corte de Apelaciones

En relación con el concepto de persona, el ordenamiento jurídico chileno distingue entre persona natural y persona jurídica. Sin embargo, para efectos de esta investigación, nos centraremos en el concepto de "persona natural", cuya regulación legal se encuentra en el Art. 55 CC que la define como todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Desde una perspectiva constitucional, el TC ha señalado que la CPR "se ha encargado de caracterizar a la persona en una visión humanista que, precisamente, enfatiza que ella es sujeto y no objeto del derecho"[316]. De este modo, el Tribunal desarrolla las características constitucionales del concepto de persona tomando en consideración los atributos de las personas contenidas en el Art. 1.º CPR, el cual plantea que "Sin perjuicio de las características de seres dignos, libres e iguales, que fluyen del contenido del primero de los preceptos de la Carta Fundamental y que singularizan a toda persona, debe considerarse la sociabilidad que le es inherente y que constitucionalmente se expresa en que 'la familia es el núcleo fundamental de la sociedad' y que 'el Estado reconoce y ampara los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines".

Una última característica de la persona puede ser advertida en el contexto de los valores y principios recogidos en el Art. 1.º CPR. Se trata de que la persona está dotada de materia y espíritu, pues al definir el bien común o fin del Estado, la carta fundamental impone a este no solo el deber de estar al servicio de la persona humana, sino que, además, de 'contribuir a crear condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece (…)"[317].

de Santiago en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., Rol de ingreso N.° 7.952-2008, que se encuentra en apelación de la sentencia de primera instancia, de la que conoce la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N.° 7.779-2008.

[316] Sentencia Tribunal Constitucional 740-07, 18 de abril de 2008. Considerandos 45 y 46, requerimiento de inconstitucionalidad del D.S. reglamentario N.° 148 del Ministerio de Salud de 3 de febrero de 2007, que aprueba las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad.

[317] Ídem.

4.2. La igualdad constitucional como regla de aplicación de la titularidad de derechos

La igualdad es un papel fundamental en los distintos modelos constitucionales, tanto como principio, derecho y valor. Esta consideración de la igualdad dependerá de la evolución histórica constitucional, la situación política de las sociedades y la forma de su incorporación y reconocimiento en las cartas fundamentales. La igualdad es un pilar fundamental en todo Estado de derecho y sobre todo en el Estado constitucional de derecho[318].

La igualdad es un principio jurídico esencial, toda vez que parte de sus contenidos no agotan su eficacia en el ámbito jurídico exclusivamente. No representa una noción estática, inmóvil, sino que existe una relación metajurídica de la igualdad que influye en su programa normativo. De ahí que la igualdad es un valor superior del ordenamiento del Estado democrático, pero también de la civilización[319].

Así vemos que en el constitucionalismo moderno[320] el principio de igualdad que había sido formulado en el plano teórico por la doctrina del derecho natural en el siglo XVII, surge recién en la Revolución francesa como uno de su pilares (igualdad, libertad y fraternidad).[321] El principio de igualdad es lo que permite caracterizar a este constitucionalismo, también denominado "de las revoluciones", en función del objetivo de la garantías de los derechos individuales y su realización a través de este principio[322].

En el constitucionalismo liberal, el reconocimiento de la igualdad estableció dos elementos centrales: primero, la concepción del sufragio con un derecho ejercido por iguales mediante el cual se expresa la voluntad general a través de la ley (aunque su universalización tardó en imponerse); y segundo, la voluntad de los individuos frente a la ley o una norma de carácter general, abstracta e indefinida. Esta igualdad puso fin a los

[318] Véase BASSA, J., "*Estado*…", op. cit., pp. 189-198.
[319] RUBIO LLORENTE, F., "*La forma del…*", op. cit., pp. 637 y 640.
[320] TÓRTORA, H., op. cit., p. 34.
[321] FIORAVANTI, M., op. cit., p. 17 y 18.
[322] FIORAVANTI, M., op. cit., p. 19. Para el autor el principio de igualdad permite distinguir entre el constitucionalismo primigenio del constitucionalismo moderno. El constitucionalismo primigenio, que ya es constitucionalismo porque se dirige al objetivo fundamental de la limitación del poder con una finalidad de garantía pero que no conoce aún una dimensión que pronto será decisiva, el principio de igualdad.

privilegios establecidos por las leyes singulares propias del régimen anterior y garantizó que solo la ley determinará las diferencias jurídicamente relevantes en términos abstractos y no en relación a circunstancias personales[323].

El principio de igualdad, introducido por el liberalismo, consistió esencialmente en que las leyes fuesen aplicadas a todas las personas por igual. Esto supuso un avance indudable en el reconocimiento de la titularidad de derechos. Sin embargo, este entendimiento de la igualdad no entraba a analizar el contenido de la norma, por lo que podía excluir del goce de determinados derechos a una parte de sus destinatarios, pasando por alto las desigualdades sociales que existieran entre los ciudadanos[324]. Esta comprensión de la igualdad resultaba insuficiente ya que ponía de manifiesto, progresivamente a lo largo del siglo XIX, que la ley podía ser la misma para todos, pero que sus destinatarios estaban en situaciones sociales, personales y económicas muy diferentes[325].

La transformación del Estado liberal a un Estado democrático modificó la concepción del principio de igualdad, aceptando la idea de que el legislador no tiene que tratar a todos por igual, sino que ha de tratar igual a los que están en igual posición y diferenciar entre los que parten de situaciones desiguales. Este paso del Estado liberal al Estado Democrático, que abarca desde la segunda parte del siglo XIX hasta las constituciones de la primera postguerra (aprobadas en torno a 1920), se caracterizó por la lucha por el sufragio universal y la proclamación de las libertades políticas[326].

Por su parte, el constitucionalismo social generó avances importantes en la comprensión interdependiente e indivisible de los derechos civiles, políticos, sociales y culturales[327]. En la base del constitucionalismo social se consagra la idea de "igualdad material", que se sobrepone a la concepción de "igualdad formal". Esta última exigía mayor interacción

[323] BASSA, J., "*Estado…*", op. cit., p. 191. En el curso de la historia, ciertos elementos de diferenciación dejaron de ser jurídicamente relevantes, como el sexo, la raza, la religión o la posición social, entre otros, modificando el contenido de la igualdad. Esta evolución de los factores de distinción permitió la generalización del derecho a voto entre hombres y mujeres, el término de la democracia basada en sufragio censitario y el fin de la diferenciación por motivos religiosos.
[324] CABELLOS, Miguel Ángel. "Tema 29: El principio de igualdad". En APARACIO, Miguel y BARCELÓ, Mercè. *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Atelier Libros, 2003, pp. 599 y 600.
[325] Ídem.
[326] AJÁ, Eliseo. *Inmigración y Democracia*. Madrid: Alianza Editorial, 2012, p. 312.
[327] TÓRTORA, H., op. cit., p. 83.

por parte del Estado, ya que se entendía que "lo social" nace para combatir las diferencias. En ese escenario, es el Estado el que debe actuar para superarlo.

Durante siglo XX, el respeto al principio de igualdad asume una relevancia no sólo a nivel constitucional, sino que también a nivel internacional a través de los distintos convenios, pactos o tratados internacionales entre los distintos Estados, comenzando a señalarse las causas de discriminación, modificándose el principio de igualdad y construyéndose el derecho a la igualdad como un derecho a no ser discriminado[328].

En el Estado social de derecho, la igualdad busca su fundamentación en el intento de superación de la diferencia entre la formulación jurídica de los derechos y su ejercicio efectivo por parte de todos los sujetos, mediante una doble vía de realización: por una parte, cambia el estatus del ciudadano, que no solo busca una integración política y jurídica, sino también una integración económica social y cultural; y por otra, modifica el estatuto jurídico político del poder público, de ser meramente vigilante y represor, a ser conformador de la sociedad en el Estado social de derecho. El Estado asume funciones asistenciales proporcionando prestaciones de todo tipo a las personas[329].

El constitucionalismo contemporáneo concibe la igualdad como un principio y un derecho. En cuanto a principio, se expresa en el mandato de contenido "universal", que dice que todas las personas y ciudadanos somos iguales en derechos y deberes, lo que implica un derecho obligatorio de cumplimiento para todas las personas y autoridades en la aplicación de la ley. Pero también vincula al legislador cuando configura y crea el derecho, estableciendo, en el ámbito jurídico, las herramientas necesarias para fijar las políticas públicas[330].

---

[328]Algunos autores que han abordado el derecho a no ser discriminado: REY MARTÍNEZ, Fernando. *Derecho Antidiscriminatorio*. Madrid: Editorial Trotta, 2012; ESPARZA, Estefanía. "Algunas reflexiones críticas sobre el derecho a la igualdad como no discriminación", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 2019. N.° 40; BASSA, Jaime y GONZÁLEZ, Erick. "La diferencia como complemento de la igualdad en la protección de los derechos fundamentales", en *Revista Derecho del Estado*. 2020. N.° 47, pp. 113-143.

[329] BONDIA GARCÍA, David. "Democracia, derechos humanos y sociedad civil". En: BONET, Jordi y SÁNCHEZ, Víctor (coord.) *Los derechos humanos en el siglo XXI, continuidad y cambios*. Barcelona: Huygnes, 2008, p. 305.

[330] BARRIOS, Boris. "La tutela del derecho a la igualdad en el constitucionalismo contemporáneo". En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Numero 21, 2014, p. 17.

En el constitucionalismo chileno, existe consenso interno respecto de que la igualdad ante la ley es formal y se orienta a resguardar su generalidad como rasgo principal. Cabe recordar que esta concepción tradicional de la ley, como norma de carácter general, abstracto y vocación de permanencia obligatoria fue cambiada, dando paso a un régimen de matices en la tendencia casi contraria: singularidad, leyes, medidas transitorias y voluntariedad que se manifiesta como un dilema contemporáneo y un cierto retorno a la conceptualización material de la ley que deriva el artículo 63 N.° 20 del texto constitucional[331].

El principio de igualdad es el principio político del que, directa o indirectamente, pueden derivarse todos los demás principios y valores políticos. Equivale al igual valor, asociado a todas las diferencias de identidad, y al desvalor, asociado a las desigualdades, las condiciones materiales de vida, entre otros. Es un principio constitutivo de las formas y sustancia de la democracia. Constituye la base de la dignidad de las personas solo por el hecho de ser persona. Es la principal garantía de multiculturalismo y de la laicidad del derecho y de las instituciones públicas. Representa el fundamento y la condición de base de la soberanía popular y es el principio subyacente a todas las diversas concepciones de la justicia. Es incluso un factor indispensable en el desarrollo económico equilibrado y ecológicamente sostenible. Es, en otras palabras, el presupuesto de la solidaridad[332].

Como derecho, la igualdad es un derecho subjetivo, que en la práctica se traduce en deberes de abstención, como la prohibición de la discriminación, y en obligaciones de acciones positivas, como consagrar acciones de tratos favorables a grupos y ciudadanos que se encuentren en situaciones desfavorables. El derecho de igualdad de la persona y el ciudadano no nace del hecho de ser nacional de un Estado, sino que tienen como fundamento la persona humana, por lo que se justifica también su protección internacional, ya sea convencional o complementaria y que ofrece el DIDH[333].

[331] *Art. 63 CPR. Sólo son materias de ley. 20. Toda otra norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.*
[332] FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad.* (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez). Madrid: Editorial Trotta, 2019, p. 9. Por eso la igualdad se encontraba como termino de mediación de los 3 pilares de la Revolución Francesa: Libertad, Igualdad y Fraternidad.
[333] Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas", en *Anuario da Facultade de Dereito*. 2006. No. 10, pp. 799-831.

Pero la igualdad también puede ser considerada un valor de la ética, la política, las relaciones jurídicas y sociales[334]. El valor de la igualdad que, si bien puede ser considerado una exigencia en la vida en comunidad, ha variado en su significación, contenido y relevancia a lo largo del proceso histórico; tanto desde la evolución del constitucionalismo como del derecho internacional de los derechos humanos. En cuanto a la idea de igualdad, aún se debate si nos encontramos frente a un valor superior del ordenamiento del Estado de derecho democrático o de la civilización.

Más allá de cualquier conceptualización inicial, no es posible sostener la idea de una sola noción constitucional normativa de igualdad, que devenga en un principio directamente aplicable a cada ordenamiento. Como sostiene Francisco Rubio Llorente, "si este es un principio jurídico esencial, es porque parte de sus contenidos no agotan su eficacia en el ámbito jurídico exclusivamente"[335].

La igualdad conlleva la prohibición de arbitrios, tanto en el momento de la creación de la norma que introduce la diferencia, como en su aplicación. La igualdad desde la perspectiva del principio democrático excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja (como las mujeres, las minorías étnicas, los inmigrantes, entre otros) puedan quedarse sin participación en la arena política[336].

La igualdad jurídica formal, que es la que nos interesa para nuestro análisis de titularidad de derechos, se consagra a finales del siglo XVIII, surgiendo como una clara aspiración del Estado liberal de romper con los estamentos característicos del feudalismo medieval. Esto, sin perjuicio que el principio de igualdad (que, en sentido estricto, ha ido adquiriendo nuevas dimensiones) sigue siendo el pilar sobre el que se encuentra asentado el Estado de derecho, siendo incluido como valor o principio en casi todas las constituciones del siglo XX[337].

---

[334] PÉREZ LUÑO, Antonio. *Dimensiones de la igualdad***.** Madrid: Dykinson, 2008, p. 17.
[335] RUBIO LLORENTE, F "*La forma del*…", op. cit., p. 332. Para Ferrajoli, establecer que el principio de igualdad tutela las diferencias se opone a las desigualdades que equivale a firmar que es una norma al contrario de lo que sucede con las diferencias, las desigualdades, que sus hechos o circunstancias fácticas, FERRAJOLI, L., "*Manifiesto*…", op. cit., p. 24.
[336] REY MARTINEZ, D., "*Derecho Antidiscriminatorio*…", op. cit., p. 25. El desarrollo y explicación que realiza el autor en este punto se refiere a la igualdad de oportunidades.
[337] DE LA ROSA JAIMES, Verónica. "Una aproximación a la noción de igualdad sustancial", en *Revista de Derechos* Humanos. 2006. Año 1, n.° 3, p. 36.

La igualdad formal se vincula al principio de igualdad ante la ley, en el marco de las relaciones jurídicas. Esta noción aparece, ante todo, como una exigencia de que todos los ciudadanos y las personas se encuentran sometidas a las mismas normas y tribunales. Implica un reconocimiento de que la ley debe ser igual para todos[338]. Se refiere, específicamente, a que no se debe tratar de manera diferente a aquellas personas que se encuentran bajo un mismo sistema jurídico, es decir, las normas deben ser generales y aplicarse de tal manera que en los casos iguales se resuelva de la misma forma. Esta igualdad implica que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben distinguir donde la ley no distingue[339].

La igualdad jurídica se suele predicar únicamente de los nacionales, excluyéndose a los extranjeros de este derecho, en la medida en que ellos no son vistos (al menos no es la mayoría de los países) como miembros titulares en la comunidad política, como si lo son los nacionales[340].

La igualdad ante la ley, desde esta óptica, revela que no es una relación de identidad, sino que parte ontológicamente desde la diversidad o de la desigualdad fáctica que reconduce a mandatos normativos comunes. Es la síntesis de una igualdad jurídica y formal que se orienta a la certeza jurídica y vuelve justiciable la defensa de los postulados de la norma[341].

La dimensión jurídica de la concepción material-formal de la igualdad no puede desconectarse de las condiciones políticas económicas y sociales que pesan sobre su realización. A su vez, su intención material no puede abordar sus problemas de equilibrio en la distribución de las oportunidades y los bienes sin contar con los canales formales por los cuales el Estado de derecho protege a los ciudadanos de los abusos de quienes detentan el poder[342].

[338] PEREZ LUÑO, A., op. cit., p. 22.
[339] DE LA ROSA, V., op. cit., p. 36.
[340] DÍAZ CREGO, María. "El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2010. N.° 39, p. 116.
[341] GARCÍA PINO, G., op. cit., p. 83.
[342] PEREZ LUÑO, A., op. cit., p. 98.

5. Ámbitos de determinación de la titularidad de derechos del extranjero en Chile: análisis jurisprudencial

El sistema de justicia constitucional en Chile es un sistema mixto; es decir, intervienen dos judicaturas diferenciadas con el propósito de, en primer lugar, determinar la constitucionalidad de las normas y, en segundo lugar, conocer constitucionales tendientes a proteger los derechos fundamentales. En el primer caso corresponde al Tribunal Constitucional, de acuerdo con la Constitución chilena en sus artículos 95 y siguiente, conocer de la constitucionalidad de las normas a través de controles *a priori* y *a posteriori*.

En el segundo caso, el conocimiento de las acciones de protección y *habeas corpus* corresponde, por mandato constitucional, a los tribunales superiores de Justicia, a través del ejercicio del recurso de protección y el recurso de amparo.

En virtud de lo anterior, corresponde analizar cada una de las posturas de ambos tribunales respecto a la titularidad de derechos fundamentales de los inmigrantes en Chile, partiendo del avance de que la jurisprudencia en nuestro país no es vinculante, por lo tanto la doctrina en ambas judicaturas puede ser modificada en atención a múltiples factores, no solamente jurídicos, sino también políticos y sociales.

El TC ha determinado en su jurisprudencia los ámbitos de titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros en el país. Previo a esa determinación, ha señalado que la normativa de extranjería es preconstitucional y preconvencional. El D.L. 1.095, de 1976 (vigente como norma de extranjería y aplicable al momento del pronunciamiento del fallo) era una norma preconstitucional y preconvencional, elaborada en 1975, cuyo esquema normativo "admite masivas vulneraciones de derechos", concluyendo que el D.L. antes mencionado "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 (considerandos 7 y 25)".

Esto se ha traducido en que, después de 40 años, la normativa chilena (la más antigua de Sudamérica) fuese modificada recién el año 2021, mediante la Ley N.° 21.235. Sin embargo, como se planteará en esta investigación, el paradigma de la seguridad del Estado

y el control de fronteras se mantuvo al punto que, tanto esta nueva normativa como la Constitución Política de la República de Chile sufriesen, a principios del año 2023, modificaciones significativas en materia de extranjería, que traen nuevamente a discusión si los extranjeros son o no titulares de derechos fundamentales.

Esto es importante porque, en materia de extranjería, la idea de garantía jurisdiccional hace referencia a la protección que se proporciona a los derechos fundamentales a través del ejercicio de la jurisdicción, es decir, la tutela otorgada por un funcionario del Estado con carácter imparcial, por medio del proceso, y que asegura la vigencia de los derechos frente a su vulneración (considerando 7).

5.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de extranjería.

El Tribunal Constitucional, en su conocida sentencia del Caso Alerte, ha señalado los tres ámbitos existentes para determinar la titularidad de los derechos fundamentales: el articulo 19 CPR, la igualdad del art. 19 N.° 2 CPR, y el trato diferenciado.

5.1.1. El reconocimiento del artículo 19 CPR con el vocablo "todas las personas."

La titularidad genérica de derechos fundamentales tiene antecedentes claros, según el TC, que impiden discriminar en contra los extranjeros. Para fundamentar esto, el Tribunal cita los estudios iniciales de la Constitución de 1980 de la Comisión Ortúzar que, como se indicó anteriormente, modifica el vocablo "habitantes" por el de "personas". Señala que:

> "Este mayor alcance (el vocablo personas) y proyección normativa de la titularidad protegida tiene un límite natural, puesto que se trata de reconocer los derechos propios al interior del ordenamiento jurídico nacional y no tienen una concepción extraterritorial. Este criterio viene a fortalecer el caso de los derechos de ingreso de un extranjero al país los cuales se encuentran sometidos plenamente a la legislación nacional bajo los criterios del del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En síntesis, esta titularidad genérica no solo no discrimina contra los extranjeros, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente (considerando 29)".

Desde la judicatura constitucional, en materia de extranjería, el TC chileno ha señalado que el DIDH es una norma de aplicación directa, a efecto de esclarecer la regla de titularidad de derechos respecto de los extranjeros.

El TC establece que la migración se enfrenta a un nuevo desafío que es la regulación internacional y estatal. Tanto la fundación de las Naciones Unidas como la Convención de Ginebra de 1951, exigieron un "nivel mínimo de civilización" donde el derecho interno y el desarrollo jurisprudencial establecieron la respectiva evolución de un mínimo coherente con la dignidad humana (Cº 8.º). Continua el Tribunal con un detallado desarrollo sobre la evolución de las migraciones, tanto económicas como humanitarias, haciendo eco de la participación de Chile en las misiones de paz en Haití, lo que modificó la ruta migratoria situando a nuestro país en la perspectiva de destino de esa población.

Lo relevante que consagra la Magistratura Constitucional, aplicando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y citando el Art. 13 DUDH, es que toda persona tiene el derecho a emigrar de su país. Sin embargo, no supone el deber estatal de ser recibido como un derecho subjetivo de los extranjeros, sino que, en virtud del DIDH (específicamente el PIDCP y la CADH), exige un particular cuidado en el ejercicio de la potestad administrativa y legislativa de cada Estado con un examen de las limitaciones de los derechos fundamentales invocados.

5.1.2. La categoría de extranjero dentro del derecho de igualdad y su configuración con relación al artículo 19 N.° 2 CPR.

La distinción entre extranjero y chileno no está prohibida en el texto fundamental. Sin embargo, se trata de una distinción que resulta sospechosa, en tanto requiere de una habilitación constitucional previa para poder realizarla. Si recordamos que el artículo primero de la Constitución establece la dignidad de las personas, se requeriría una fuerte argumentación contraria que demuestre la necesidad de justificación y finalidad, además de un objetivo constitucionalmente legítimo, que autorice a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre una u otra categoría de persona.

Esta diferencia puede originar diversas modalidades de restricciones. Por ejemplo, podría prohibir el derecho o entrabarlo de tal modo que constituya una privación o, en algunos

casos, constituir regulaciones o modalidades de ejercicio. Podría también impedir el derecho, generando prohibiciones al ingreso al país como se verá más adelante. El legislador, además, estableció como una categoría sospechosa el hecho de realizar distinciones basadas en la raza o la nacionalidad, tanto a nivel constitucional como legal (Ley N.° 20.609, antidiscriminación en Chile); sin perjuicio que en materia laboral el artículo 19 N.° 16 lo permite (considerandos 30 y ss.).

5.1.3. El trato diferenciado según el Tribunal Constitucional en materia de extranjería.

Si recordamos que la titularidad de derechos fundamentales es "la condición jurídica de ser sujeto activo de algún derecho o libertad fundamental", la cual viene dada por la Constitución o la Ley, mediante la remisión que hace la norma constitucional a la ley (y en algunos casos de los tratados internacionales), la pregunta que cabe hacer es ¿existen casos en que las personas no sean titulares de un derecho fundamental?, ¿quién lo determina? Este cuestionamiento está vinculado directamente con el principio de igualdad, en cuanto derecho subjetivo, y con el límite que tiene el legislador, ya que en algunas ocasiones puede permitir una cierta desigualdad entre uno u otro grupo respecto a un determinado derecho o condición.

Sin embargo, ese mandato o límite al legislador viene establecido por la norma suprema del ordenamiento jurídico que otorga esa facultad, es decir, la Constitución. Si entendemos la Constitución como la norma suprema en el ordenamiento jurídico, que fija el orden de jerarquía del resto de las normas, así como el cumplimiento, funcionamiento y creación de estas, nos encontramos en el plano de la supremacía constitucional, propia del Estado de derecho constitucional. La Constitución determina los órganos de creación de la ley, así como sus ámbitos de aplicación. Es también la que determina donde está el margen de limitación que tiene el legislador al momento de enfrentarse a una igualdad. Frente a este escenario, ¿cuál es el margen de diferencia que permite al momento de estipular las normas referencia a igualdad?

En el caso chileno, la posibilidad de poder establecer diferencias legítimas como una opción efectiva para el legislador, generó varias consecuencias constitucionales como

también socioeconómicas, creando problemáticas en la determinación de los titulares de derechos fundamentales, que veremos más adelante.

La igualdad, en términos jurídicos precisos, no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera ni, por el contrario, que se permita toda la diferencia de trato. El legislador, al regular cualquier asunto, traza normalmente diversas diferencias de trato entre los destinatarios en función de determinadas circunstancias. De hecho, lo normal en el derecho es la desigualdad de trato, comprendida como un criterio que mide el grado de desigualdad jurídicamente admisible de la diferencia jurídica de trato. Por lo tanto, cuando hablamos de igualdad en derecho estamos en realidad hablando de cuánta desigualdad es tolerable[343].

Si el legislador va a realizar un trato diferenciado, la Constitución (así como los tratados internacionales que versan sobre la materia) exige que este sea motivado y razonable. Es necesario demostrar la necesidad de esa diferencia y justificarla, lo que se realiza generalmente a través de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, mediante un juicio de ponderación (también conocido como proporcionalidad) cuyo objeto es resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia[344].
CPR.

Sin embargo, hasta la fecha, las diferentes conceptualizaciones de la igualdad y no discriminación han permitido distinguir una política constitucional de la igualdad con muy pocas novedades, y una política legislativa de igualdad en procesos fragmentados de instalación de dimensiones igualitarias particulares. Recién en el siglo XXI aparecen las

[343] REY MARTÍNEZ, F. "*Derecho…"* op. cit., p. 26.
[344] ROCA TRIAS, Encarnación. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España roma - octubre 2013 [en línea]. 2013. [Fecha de la consulta: 18 de octubre de 2022]. Disponible en https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%20 2013.pdf ARAUJO RENTERÍA, Jaime "Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Critica", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2006, pp. 853 – 877. La ventaja del enfoque de proporcionalidad es que permite decidir esos conflictos sin necesidad de generar jerarquías en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados y, por tanto, sin necesidad de prejuzgar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas. Lo peculiar del juicio de proporcionalidad es el punto de vista desde el que se procede al examen de la controversia, una vez se ha fijado el contexto y las circunstancias del caso: partiendo de la legitimidad de los fines atendidos por la norma, medida o actuación denunciada. Lo que se va a analizar es su utilidad (su idoneidad para alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y, finalmente, su "proporcionalidad", atendido su grado de injerencia en un ámbito protegido así como el carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados.

cuestiones propias del derecho antidiscriminatorio (Ley N.° 20.609 sobre discriminación) y la acción de derechos fundamentales en el ámbito laboral[345].

5.1.4. La titularidad específica del derecho en el artículo 19 número 7 literal a) CPR relativo al el derecho de circulación y residencia

El TC, basándose en el derecho comparado, distingue entre extranjeros y nacionales o ciudadanos para el ejercicio del derecho de circulación y residencia. Señala que estas categorías permiten fundar titularidades diferencias en el derecho a ingresar a un territorio, siendo los nacionales o ciudadanos agentes propiamente de derechos fundamentales y por ende de derechos con garantías jurisdiccionales para su protección.

A *contrario sensu*, los derechos de residencia y circulación para los extranjeros se establecen como derechos de configuración legal, con un amplio margen de discernimiento legislativo y potencial reducción de sus garantías asociadas a la permanencia del país. Esta distinción es la que permitiría, a juicio del Tribunal, ampliar los derechos estatales relativos a la discrecionalidad en la admisión de los extranjeros a Chile. Este aspecto, que debería estar expresamente establecido en el texto constitucional, actualmente aparece con imprecisión, al utilizar el vocablo "habitante." (considerando 25). Se concluye que, en materia específica de libre circulación y residencia, el texto constitucional no solo carece de distinción en las titularidades, sino que refuerza el ejercicio de los derechos de este garantizado en el artículo 19 N.° 7 literal a) CPR (considerandos 14, 15 y 25).

5.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de extranjería

En materia de extranjería, la Excelentísima Corte Suprema de Chile, en conocimiento de varios *habeas corpus* interpuestos a favor de los extranjeros sometidos a una medida de expulsión, ha citado expresamente algunos instrumentos internacionales, tales como el artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; la Observación General N.° 27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de

[345] GARCÍA PINO, Gonzalo. *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de derecho comparado. Chile.* EPRS Servicios de Estudios del Parlamento Europeo, Bruselas, Unión Europea [en línea]. 2021. [Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2022]. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/home

Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 67.° periodo de sesiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1999 y el artículo 22 N.° 4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares[346].

Un gran número de las expulsiones en Chile se da respecto de aquellos extranjeros que residen en nuestro país, es decir, aquellos que son o han sido titulares de algún permiso de residencia en nuestro territorio y que, con posterioridad a estos, han incurrido en alguna de las causales establecidas en la Ley de Extranjería que habilita a la autoridad migratoria a dictar su correspondiente expulsión.

El problema que genera este tipo de expulsiones tiene su génesis en la antigua legislación migratoria que rige a nuestro país, que data de 1975. En esta época, Chile iniciaba una dictadura militar, en la que el extranjero era visto como un enemigo y el interés estaba puesto en la seguridad del estado y la protección de las fronteras. Esa concepción de migraciones y del migrante derivada de D.L. N.° 1.094 se ha mantenido 40 años después. Actualmente los factores de movilidad humana, el desarrollo y cooperación internacional y los procesos de globalización, han modificado el paradigma migratorio; entendiendo este como algo necesario para el desarrollo de las naciones. Los países se ven favorecidos a través de las migraciones, enriqueciendo sus culturas, su capital humano, incluso sus economías.

Sin embargo, el D.L. N.° 1.094 no considera estos nuevos factores al momento de aplicar una determinada sanción administrativa, como tampoco considera antecedentes de arraigo familiar, de ponderación de antecedentes de los migrantes y sus familiares. Cabe señalar, además, que dicho cuerpo normativo carece absolutamente de un estándar de debido proceso, que contemple como mínimo la bilateralidad de las partes involucradas en el proceso, la posibilidad de presentar pruebas o un sistema que permita recurrir tanto a la administración como a los tribunales de justicia de manera rápida y eficaz. El sistema de expulsiones administrativas, vigente hasta el año 2022, carece absolutamente de un enfoque de derechos humanos.

[346] HENRIQUEZ, M., "*Corte Suprema…"* op. cit., p. 273.

Este problema tiene una segunda arista, que es la falta de una política pública efectiva respecto a las migraciones, que vaya acorde a la legislación migratoria interna, a los tratados internacionales que versan sobre la materia y, sobre todo, a la realidad que viven los migrantes en nuestro territorio. En estos casos, siendo el fenómeno migratorio un hecho que afecta, en la práctica, a la totalidad de los Estados ―ya sea como países de origen, tránsito o destino y con variadas razones que determinan los denominados "efectos de salida" o "llamada" de los flujos migratorios― cabría esperar, más allá de la retórica, una voluntad política más decidida a la hora de adoptar, en el plano internacional, medidas normativas[347].

Recién el 6 de julio de 2023, El Ejecutivo presentó la Política Nacional de Migración y Extranjería, compuesta por 10 ejes temáticos de trabajo y 28 medidas de aplicación inmediata, así como indicaciones para generar proyectos de ley que apuntaran a reformar la ley de inmigración y extranjería y otros cuerpos legales. Sin embargo, no fue sino hasta el 27 de diciembre del año 2023, cuando se publicó en el Diario Oficial de la República de Chile el Decreto N.° 181 del 2023 del Ministerio de Interior y Seguridad Pública, que se estableció la Política Nacional de Inmigración y Extranjería. Por lo tanto, a finales del 2023 se tuvo acceso al documento oficial del gobierno respecto a su posición en materia de políticas públicas relativas a extranjería y migraciones.

El proceso de expulsión de extranjeros residentes en nuestro país se encuentra contemplado en el D.L. 1.094 de 1975 y su reglamento N.° 597 de 1984, específicamente en el artículo 17, que permite expulsar a aquellos extranjeros que hayan incurrido en alguna causal que amerite su expulsión.

El artículo 15 de la Ley, señalaba como causales de expulsión, por una parte, la causal de expulsión para aquellos 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,*

[347] PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen *Migraciones irregulares y Derecho Internacional Gestión de los flujos, devolución de extranjeros en situación irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia: Tiran lo Blanch, Valencia, 2012, p. 37.

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; y por otro lado, *los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres y aquellos que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social."*

Existe otra norma, en la parte final del artículo 71, que permite expulsar en caso de que el extranjero se encuentre residiendo de manera ilegal y no haya regularizado su situación, migratoria: en otras palabras, esté de manera irregular en el país.

El artículo 84 del D.L. N.° 1.094 de 1975 faculta al Ministro del Interior a dictar un Decreto Supremo "por orden del Presidente de la República", el cual es tomado de razón por el órgano contralor, notificado personalmente al extranjero expulsado por funcionarios de la Policía de Investigaciones en su domicilio o, si se encontrase privado de libertad, en el recinto penitenciario en que se encuentre cumpliendo condena.

El único medio que existe para impugnar dicho Decreto es el recurso de reclamación de expulsión contemplado en el artículo 89 del D.L., el cual tiene un plazo de interposición de 24 horas, ante la Corte Suprema, conocido en única instancia. Este es el único recurso que suspende la ejecución de la medida hasta que sea resuelta por el máximo tribunal.

Desde aproximadamente el año 2013, la Corte Suprema de Justicia, conociendo de acciones constitucionales de amparo y reclamos de expulsión, ha establecido una serie de criterios que debe tener en consideración la administración al momento de aplicar una sanción de expulsión, tales como la proporcionalidad, la reunificación familiar, la aplicación directa de los tratados internacionales, entre otros.

Al respecto, se analizará cada uno de estos criterios, así como el pronunciamiento en casos específicos relativos a derechos sociales y políticos, considerando los fallos de la Excelentísima Corte Suprema desde el año 2012 a 2021.

Para este propósito, resulta interesante la propuesta metodológica de análisis de casos que realiza la profesora Miriam Henríquez, en relación con considerar aquellos fallos sobre derechos fundamentales de los inmigrantes, en tanto excluyen aquellas resoluciones relativas a los solicitantes de asilo, a acciones constitucionales de amparo, a protección en segunda instancia ante la CS y a las solicitudes de recurso especial de reclamación en única instancia ante dicho tribunal[348].

5.2.1. Proporcionalidad en la aplicación de la medida de expulsión

En aquellos casos en que las personas extranjeras han recurrido a la CS solicitando la revocación de sus medidas impuestas por la administración (abandono del territorio o expulsión), estas no han sido revocadas por la causal de falta de legalidad o arbitrariedad, ya que siempre han sido dictadas por la autoridad competente y con fundamento legal (art. 6 y 7 CPR), sino que la Corte ha elaborado un nuevo concepto que es el de "desproporcionalidad".

Para llegar a esa conclusión, la Corte aplica, respecto a la medida de expulsión o abandono, un test de proporcionalidad en el que, a través de los juicios de finalidad, necesidad y proporcionalidad, pondera a la hora de fallar la naturaleza, gravedad y ámbito de infracción cometida, tomando en consideración los siguientes aspectos:

i. Aplicación de reglas penales relativas al tipo de delito cometido, pena impuesta, cumplimiento de la condena, prescripción de la pena y rehabilitación:

Esto ha sido planteado por la Segunda Sala Penal de la CS, indicando que el acto que motivó la decisión de abandono del país y posterior expulsión del recurrente no aparece como una trasgresión que afecte los intereses que se pretende tutelar a través de la norma en examen, en tanto se trata de un hecho que aparece como aislado en la vida de una persona y cometido hace varios años. Lo anterior lleva a concluir que las decisiones que se han emitido por la autoridad administrativa y que tienen como base la comisión de un hecho delictivo antiguo, son desproporcionadas en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción cometida. Esto torna ilegal y arbitraria la decisión de rechazar el permiso

[348] HENRIQUEZ, Miriam. "La Corte Suprema chilena y la protección de la libertad personal de los migrantes: un estudio jurisprudencial", en *Jurídica.* 2022. Vol. 19, n.° 21, p. 267.

de permanencia solicitado y, en consecuencia, la orden de salida y posterior decreto de expulsión[349].

ii. Falta de oportunidad en la medida provocada por la tardía notificación o ejecución por parte de la Policía de las medidas de expulsión emanadas de la autoridad:

En el siguiente caso, la CS, conociendo de un recurso de reclamación de expulsión, señaló que la situación fáctica que dio origen al recurso (eso es el decreto de expulsión) es del año 2007 y que los hechos que dieron lugar en definitiva a su dictación fueron cometidos de conformidad a la sentencia criminal acompañada por la autoridad recurrida, el día 19 de agosto de 1998. Esta medida, tan extrema, resulta desproporcionada, injustificada e inoportuna. Reafirma lo anterior el hecho que la expulsión implicaría el desarraigo familiar del amparado, lo que iría en contra de lo dispuesto en el artículo 1.° de la Constitución Política de la República, en cuanto establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado darle protección.

El tiempo transcurrido desde que se cometieron los hechos que fundaron la expulsión, lo que determina su falta de proporcionalidad y oportunidad, y la afectación que de manera irremediable producirá en el medio familiar del afectado, son motivos suficientes para acoger el reclamo deducido[350].

iii. Falta de elementos para configurar la causal de expulsión:

Para dictar una expulsión, en el caso de un extranjero que ha cometido un delito en Chile, es necesario referirse a la (única) norma que lo regula (art. 17 en relación con el 15 de la Ley de Extranjería), la que enlista como faltas los "delitos de tráfico ilícito de drogas o armas, contrabando, trata de personas y actos contrarios a la moral y las buenas costumbres**".** Este último concepto, tan amplio y subjetivo, es el que se ha venido cuestionando en el último tiempo, considerando que allí se deben incluir todas las

[349] Sentencia Tribunal Constitucional 2171-12, 6 de marzo de 2014. Considerando 3°; Sentencia Corte Suprema 2171-13, 09 de abril de 2013, Reclamación de Expulsión.
[350] Sentencia Corte Suprema 1017-2013, 28 de febrero de 2013. Considerando 7.° y 9.°, sobre reclamación de expulsión.

condenas por los delitos no señalados en la norma. Frente a este último fundamento legal, la CS ha señalado que debe aplicarse en un contexto determinado.

Las razones de conveniencia o utilidad nacional son conceptos jurídicos indeterminados, lo que implica que debe otorgarse un contenido concreto por parte de la autoridad que los utiliza[351].

iv. La vinculación familiar como elemento de proporcionalidad en la aplicación de la medida de expulsión.

Al respecto, cabe señalar la importancia de aquellos vínculos familiares en Chile. Si la persona tiene hijos o cónyuge chilenos, aplicar la medida, existiendo estos arraigos, se torna ilegal por el hecho de afectar lo dispuesto en el Art. 1.º de la CPR, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado la protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de esta; derechos también consagrados por diversos tratados internacionales relativos a la protección de la familia. Por este motivo, en caso de llevarse a efecto la medida en contra de la cual se recurre, se producirá la disgregación del núcleo familiar mencionado en el considerando primero:

> **"**Que esta Corte no puede dejar de tener presente que, con arreglo a la normativa contenida en los instrumentos internacionales suscritos y vigentes en Chile, recogido en el artículo 1.° de la Carta Fundamental, artículo 17.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y artículo 2 N.° 2 de la Convención de Derechos del Niño, el Estado de Chile se encuentra obligado a dar protección a la familia y abstenerse de disgregarla, debiendo garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo"[352].

5.2.3. Aplicación directa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos

La Corte Suprema ha aplicado directamente aquellos tratados internacionales que versan sobre DDHH a través de la habilitación constitucional del artículo 5.° inciso 2.° de nuestra

[351] Sentencia Corte Suprema 7018-2012, de 14 de septiembre de 2012. Considerando 2.°.
[352] Sentencia Corte Suprema 2837-2013, 22 de abril de 2013. Considerandos 5.° y 10.°. Apelación Amparo.

Constitución Política, incluso por sobre la legislación interna. En virtud de lo anterior se amplía la gama de protección de los derechos de los migrantes, no sólo respecto de aquel al que se le aplica una medida de expulsión, sino que también a su núcleo familiar y cercanos, como su cónyuge o hijos.

El máximo tribunal se pronunció respecto de un reclamo en contra de un Decreto de expulsión del año 2009, que fue notificado a la extranjera reclamante el 2013. El fundamento para la expulsión señalaba que registraba condena por el delito de hurto simple. Sin embargo, posteriormente había tenido un hijo chileno. Uno de los considerandos principales señala:

> *"Que por otro lado, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de la reclamante, persona que tiene una pareja estable y dos hijos menores de edad, uno de ellos de nacionalidad chilena con problemas de salud que han requerido de hospitalización, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente se transgrede el interés superior de tales menores, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su madre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta."*[353]

Los tratados internacionales con mayor aplicación son la Convención sobre los Derechos del Niño (1990); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

[353] Sentencia Corte Suprema 400-2013, 23 de enero de 2013. Considerando 9.°. Reclamación de Expulsión.

5.2.4. Derecho a la libre circulación y residencia.

El aumento de los flujos migratorios y la irregularidad, tanto en el ingreso como aquella sobrevenida, ha puesto en alza las medidas de expulsión dictadas por la autoridad administrativa. Esto queda reflejado en el aumento de los recursos de amparo destinados a la protección del derecho a la libertad de circulación y a la integridad de las personas, solicitados por aquellas personas migrantes que se han visto afectadas por decretos de expulsión.

La discrecionalidad que tiene la administración en decretar estas medidas, de acuerdo al art. 13 D.L. 1.094, hace que los supuestos migratorios, como hemos visto, carezcan muchas veces de fundamentos racionales y proporcionales, tal como lo ha señalado la Corte Suprema;

> *"Que a lo anterior se suma el hecho de que las atribuciones que ostentan los órganos de la administración del Estado son conferidas por la Constitución y la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. En este sentido, el ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, tratándose de actuaciones administrativas de naturaleza sancionadora, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad, máxime si con ella se afecta un derecho fundamental, como lo es en este caso la libertad personal de los afectados. (Corte Suprema, 12 de junio de 2013, Rol n.º 3.813, considerando 5.°)"*[354].

En el caso del derecho señalado, el art. 21 CPR contempla la acción de amparo, también conocida como "*habeas corpus*", la cual, hasta la fecha, ha sido la medida más idónea para dejar sin efecto los decretos de expulsión y restablecer el imperio del derecho. Esta corresponde a una acción cautelar, de emergencia, informal, y preferente por las Cortes de Apelaciones respectivas, que sigue un procedimiento breve y sumario, no contradictorio y en la cual el tribunal competente puede adoptar de inmediato todas las

[354] HENRIQUEZ, M., "*Corte Suprema…",* op. cit., p. 272.

medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.[355]

Aun cuando el art. 89 D.L. contempla un recurso especial de reclamación para recurrir contra la medida de expulsión, su complejidad en la interposición (única instancia ante la Corte Suprema en un plazo de 24 horas desde la notificación de la medida) hace muy complejo que todas las personas extranjeras puedan acceder a él.

En el Caso Salinas y Vázquez, unos ciudadanos peruanos fueron "retenidos" por la autoridad administrativa, excediendo el referido plazo legal. Fueron detenidos el 6 de enero de 2011 y se procedió a ejecutar la orden de expulsión del país recién el 15 de enero del mismo año. La Corte Suprema, en fallo de 21 de marzo de 2011, estimó en el considerando cuarto: "Que el recurso de amparo está concebido para proteger la libertad personal y la seguridad individual de las personas que se vean afectadas por un acto de la Autoridad sin facultades para disponerlo y fuera de los casos previstos por la ley; situación que a juicio de estos sentenciadores se presenta en la especie, puesto que como se ha explicado, se extendió injustificadamente el período de detención en un cuartel policial de dos personas extranjeras respecto de quienes se había dispuesto su expulsión del país".

En uno de los casos más conocidos al respecto, el denominado "Caso Cuartel Borgoño", la Corte de Apelaciones de Santiago, el 9 de marzo de 2013, acogió un *habeas corpus* en favor de dieciocho personas inmigrantes, quienes permanecieron recluidas excediendo el mencionado plazo legal en dependencias de la Policía de Investigaciones. Los recurrentes adujeron que las detenciones tenían carácter indefinido, no estaban sujetas a control de ninguna autoridad judicial y se estaban ejecutando en condiciones "complicadas", solicitando la inmediata libertad. En tal contexto, la Corte de Apelaciones dispuso la constitución del tribunal en las dependencias del cuartel policial y de esta forma constató la ilegalidad de la privación de libertad de los amparados. Posteriormente ordenó a la Policía de Investigaciones poner en libertad a los inmigrantes, pasar los autos a la Fiscalía Regional del Ministerio Público y enviar los antecedentes al Ministerio del Interior y al

[355] HENRIQUEZ, Miriam. "¿Hacia una ampliación del habeas corpus por la Corte Suprema?", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 2013. Año 20, no. 2, p. 421.

Director de la Policía de Investigaciones para los efectos disciplinarios a los que hubiere lugar[356]. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 25 de marzo de 2013.

La jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional ha señalado que "la libertad que contempla el art. 19 N.° 7 CPR debe ser entendida como libertad ambulatoria, es decir: el derecho a residir y moverse de un lugar a otro dentro del territorio y entrar y salir de éste. En este sentido, la libertad que contempla tal precepto no comprende, por ejemplo el desarrollo libre de la personalidad (STC 1683, considerando 48 A 50) Además como ya hemos visto, es un derecho que puede ser limitado por el legislador.

5.2.5. Titularidad y ejercicio de derechos políticos

La Constitución chilena vincula la nacionalidad como un requisito *sine qua non* para obtener la ciudadanía. La condición de ciudadano otorga la posibilidad de ejercer derechos civiles y políticos, tanto de manera activa como pasiva.

En materia de extranjería, la CPR establece en su art. 14 que;

> "*Los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley".*

Si bien no existen mayores complicaciones respecto al ejercicio del derecho a sufragio en todo tipo de elecciones (presidencial, parlamentaria y alcaldías), si se generó controversia a raíz de la posibilidad de votar y presentar candidaturas en los procesos constituyentes que vivió el país entre 2012 y 2022.

El Capítulo XV de la carta fundamental, que se refiere a "Reforma de la Constitución y del Procedimiento para elaborar una Nueva Constitución de la República", fue modificado en diciembre de 2019 con el propósito de establecer un procedimiento para elaborar una nueva Constitución. Los artículos 130 y 131 introducidos utilizaron el vocablo "ciudadanía" para referirse a quienes pueden participar de este proceso y ser

[356] HENRIQUEZ, M., "¿*Hacia*…?", op. cit., p. 429.

elegidos constituyentes y, específicamente en el artículo 132, señaló que "*podrán ser candidatos a la Convención aquellos ciudadanos que reúnan las condiciones contempladas en el artículo 13 de la Constitución*".

El referido artículo 13, establece que;

> "*son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la Ley confieran.*"

Este concepto llevó a que el presidente del Servicio Electoral de Chile, en diciembre de 2019, estableciera una errada interpretación de las normas constitucionales al señalar en redes sociales que;

> "*Al estar convocada la ciudadanía a votar en el plebiscito del 26 de abril de 2020 (antigua fecha antes de la situación de pandemia mundial por COVID- 19) el padrón electoral provisorio cuyo dato entregamos ayer está conformado sólo por compatriotas y no es comparable con el de las elecciones 2017 que incluía a electores extranjeros con derecho a voto*"[357]

Esto generó que, tanto las organizaciones de migrantes y promigrantes como la misma Mesa Técnica Constituyente, señalaran que los extranjeros con derecho a voto si pueden participar del plebiscito. En primer lugar, porque para limitar un derecho fundamental de participación política como es el sufragio se requiere norma expresa al respecto y, en segundo lugar, históricamente se ha utilizado la misma fórmula legislativa y conceptos anteriormente usados para el plebiscito de 1989, donde los extranjeros que cumplían con los requisitos para ejercer este derecho podían votar sin problemas.

Esto nos hace replantearnos un concepto fundamental como es el de la ciudadanía[358]. "La calidad de ciudadano, en un sentido político, habla de la pertenencia al pueblo, quien a su

[357] MUÑOZ, Andrés. "¿Extranjeros sin derecho a voto? La interpretación del SERVEL que no les permitiría sufragar en el plebiscito". En: *La Tercera* [en línea]. 02 de enero de 2020. [Fecha de la consulta: 22 de marzo de 2022]. Disponible en: URLhttps://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/extranjeros-sin-derecho-voto-la-interpretacion-del-servel-no-les-permitiria-votar-plebiscito/958830/

[358] TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. "En este proceso Constituyente faltan los y las inmigrantes". En: *El Quinto Poder* [en línea]. 19 de octubre de 2020. [Fecha de la consulta: 22 de marzo de 2022]. Disponible en: https://www.elquintopoder.cl/ciudadania/en-este-proceso-constituyente-faltan-los-y-las-inmigrantes/

vez es titular del poder constituyente. La calidad de ciudadano es la base sobre la que se erige el elemento que sostiene un principio básico constitucional el cual es la soberanía del pueblo"[359].

La nacionalidad, por otro lado, se concibe como "aquel vínculo jurídico fundado en la naturaleza o el derecho positivo que une a una persona con un Estado determinado, generándose derechos y deberes recíprocos"[360].

Es decir, equipara la ciudadanía con la nacionalidad, siendo esta última un requisito para la ciudadanía. Sin embargo, pareciera que este vínculo jurídico no fuese suficiente para sostener la categoría de "ciudadano", lo que nos lleva necesariamente a una nueva reconfiguración del concepto desde un enclave contrahegemónico.

Esto ya ha sido recogido en un fallo de la Corte Suprema (Rol 43500-2017) en el cual una residente peruana en nuestro país interpone una acción de protección por discriminación arbitraria en razón de su nacionalidad, en contra de la Dirección Regional de la Junta de Jardines Infantiles JUNJI, que dispuso el término de su contrato por no concurrir los presupuestos del artículo 12 letra a) inciso segundo de la Ley N.° 18.834 sobre Estatuto Administrativo que señala que para ingresar a la Administración del Estado se requiere "ser ciudadano".

La CS señaló, en un fallo inédito, que:

> *"No obstante, en casos de excepción determinados por la autoridad llamada a hacer el nombramiento, podrá designarse en empleos a contrata a extranjeros que posean conocimientos científicos o de carácter especial. Los respectivos decretos o resoluciones de la autoridad deberán ser fundados, especificándose claramente la especialidad que se requiere para el empleo y acompañándose el certificado o título del postulante. En todo caso, en igualdad de condiciones, se preferirá a los chilenos."*

[359] MARSHALL, Pablo. "Notas sobre los modelos para la extensión de la ciudadanía", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 2012. Año 19, no. 2, pp. 119-143.
[360] FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. "La nacionalidad en la Constitución", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*. 2011. Vol. 12, n.° 2, pp. 175-190.

La Corte Suprema, revocando el fallo de primera instancia que rechaza la acción de protección, establece en su considerando 5.° "siendo un hecho indiscutido que la actora y su familia gozan de residencia permanente en nuestro país, contando incluso con el derecho a sufragio, herramienta palmaria de participación ciudadana, sólo cabe concluir que la recurrente es ciudadana aun cuando no tengan la nacionalidad chilena".

Es decir, se estaría creando y reconociendo a nivel jurisprudencial una nueva categoría de ciudadanía y está justamente basada en un derecho político fundamental como es el ejercicio a sufragio.

6. El reconocimiento de derechos sociales a las personas extranjeras

Por último, en el caso de derechos sociales, es aún más complejo el reconocimiento a su titularidad. Si partimos de la base que en nuestro país el texto constitucional de 1980 no reconoce los derechos sociales como derechos fundamentales, sino meras prestaciones, resulta difícil entender como grupos que están excluidos de la titularidad de derechos fundamentales, en ciertos casos, puedan acceder a ellos.

Esta tendencia a considerar los derechos sociales como meras prestaciones, es producto de la consideración que tuvo la comisión redactora del texto de 1980 y su influencia en el sistema neoliberal y capitalista de mercado, que considera estos derechos como bienes de consumo.

La discusión sobre la justiciabilidad de estos derechos (sobre todo porque en Chile no se encuentran protegidos por las acciones constitucionales) es insuficiente para la protección de la universalidad de los derechos y sobre todo para la integración y protección de las personas extranjeras.

En un primer lugar, antes de la nueva Ley de Migraciones y Extranjería, los derechos sociales de los extranjeros eran reconocidos por la vía administrativa en los Convenios Intersectoriales.[361] Estos corresponden a protocolos de acuerdo, convenios de

[361] *Servicio Nacional de Migraciones* [en línea]. [Fecha de la consulta: 19 de junio de 2022]. Disponible en: http://www.extranjeria.gob.cl/acciones-de-integracion/

colaboración e instrucciones cuyo propósito es promocionar acciones de acogida que incentiven la integración del colectivo migrante a lo largo de todo el país.

Estos convenios fueron elevados a la categoría legal en la nueva Ley de Migración y Extranjería como vimos anteriormente, limitados en la mayoría de los casos a la situación de regularidad de la persona por los años de residencia en el país.

Hasta la dictación de la Ley N.° 21.325, no se han registrado acciones de protección ni fallos de los Tribunales Superiores de Justica ni del Tribunal Constitucional respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos sociales de las personas extranjeras.

CAPÍTULO II
ESPAÑA Y EL MODELO DE TITULARIDAD SELECTIVA Y DE EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

I. Antecedentes constitucionales y legales respecto a la titularidad de derechos por los extranjeros

Históricamente, y contrario a lo que podría inferirse, el principio subyacente en la legislación española del siglo XIX en materia de extranjería se caracterizó por la equiparación y no por el reconocimiento del modelo de titularidad especifica o selectiva vigente en la actualidad. Los extranjeros disfrutaban de derecho civiles y procesales idénticos a los de los ciudadanos españoles, de manera que el ordenamiento jurídico español no establecía distinciones entre nacionales y extranjeros en lo que respecta al disfrute de sus posesiones, así como en el ejercicio de la actividad industrial y comercial.[362] Este principio era aplicado siempre y cuando no estuviera en juego la titularidad de derechos inherentes a la ciudadanía española.

Cuando hablamos de "equiparar" nos referimos a "considerar a alguien o algo igual o equivalente a otra persona o cosa"[363]. En el contexto aludido, nos referimos a la igualdad formal, jurídica[364]. Es decir, "en un principio fundamental del Estado de Derecho que consta en el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, o lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho"[365].

---

[362] VIDAL FUEYO, María del Camino. *Constitución y Extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 29. Para la autora, un recorrido por la historia de los regímenes jurídicos de extranjería en España acabaría situándonos más en el plano de la legalidad que en el de la constitucionalidad, con independencia de que formalmente las distintas constituciones históricas recogieran derechos cuya titularidad se extendía también a los extranjeros; GARCÍA, "*El Estatuto…"*, p. 28.

[363] Según la RAE, equiparación es la acción de equiparar, cuyo origen se remonta a la palabra latina *aequiparare* que tiene el sentido de poner al mismo nivel una cosa con otra y, en ese sentido, ha pasado a significar igualar con un igual.

[364] Algunos autores hablan de que la CE establece un triple valor de la igual: como un valor en su ordenamiento jurídico (Art. 1.1); como un principio (Art. 14, primera parte) y como derecho fundamental (Art. 14 Segunda parte). REY MARTÍNEZ, Fernando. *Derecho Antidiscriminatorio.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi*,* 2019, p. 15.

[365] CARMONA, Encarnación. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. 1994. No. 84, p. 266.

Esta distinción normativa es realizada en la esfera de la diferenciación o en los criterios de diferenciación que son impuestos al legislador previamente establecidos en la Constitución[366]. Este margen que permite hacer distinciones normativas en materia de titularidad entre una y otra categoría de personas. Es decir, entre extranjeros y nacionales, debe estar constitucionalmente justificado.

1. Los derechos de los extranjeros en los textos constitucionales y legales del siglo XIX en España

En plena guerra de independencia española, tras la invasión napoleónica (1808 a 1814), como producto de la detención de Fernando VII en Francia por parte de Napoleón Bonaparte y la designación del hermano de este, José Bonaparte, como Rey de España, fueron celebradas en la ciudad de Cádiz las primeras asambleas convocadas por la Regencia de España bajo mandato de la Junta Suprema Central, denominadas "Las Cortes de Cádiz", el 24 de septiembre de 1810[367]. Durante este siglo, como ha señalado la mayoría de la doctrina, nace el constitucionalismo español[368].

El decreto que declaraba legítima la constitución de las Cortes Generales y extraordinarias, reconocía a Fernando VII como único y legítimo rey de España, desconociendo el mandato de José Bonaparte: no sólo por la violencia que supuso aquellos actos injustos e ilegales que condujeron a su designación como soberano, sino principalmente por faltar el consentimiento de la nación en la elaboración y aprobación de su mandato[369].

---

[366] FERNÁNDEZ, E., op. cit., p. 142.

[367] Véase CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Cortes de Cádiz 1810-1814", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 24 de abril de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/cortescadiz; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 437.

[368]FERNANDEZ SARASOLA, Ignacio. "Aproximación a la historiografía constitucional española". En VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. *Historia e historiografía constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 2015, p. 109. El autor señala que los precedentes de la historiografía constitucional española se remontan a los mismos orígenes del constitucionalismo español, es decir, el periodo que abarca entre 1808 y 1823, cuando aún no existía Constitución o está acababa de ver la luz y ponerse en planta en el año 1812. Surgieron los primeros trabajos que, de algún modo anticiparon los estudios de historia constitucional. Cfr. VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. *Historia constitucional de España*. Madrid: Marcial Pons, 2020; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del derecho español*. Madrid: Editorial Tecnos, 1992; SANCHEZ AGESTA, Luis. *Historia del Constitucionalismo español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1974.

[369] VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. *Historia constitucional de España*. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 56.

Estas Cortes contaban con la novedad de la inclusión de representantes de las colonias americanas. Esta incorporación era justificada por la consideración del concepto de "nación" de aquella época que incluía a las personas de ambos hemisferios.[370] Esto quedó de manifiesto con el Decreto V de 15 de octubre de 1810 que declaraba la igualad entre españoles y ultramarinos[371]:

> *"Las Cortes generales y extraordinarias confirman y sancionan el inconcuso concepto de que los dominios españoles en ambos hemisferios forman una sola y misma monarquía, una misma y sola nación, y una sola familia, y que por lo mismo los naturales que sean originarios de dichos dominios europeos o ultramarinos son iguales en derechos a los de esta península, quedando a cargo de las Cortes tratar con oportunidad y con un particular interés de todo quanto pueda contribuir a la felicidad de los de ultramar como también sobre el número y forma que deba tener para lo sucesivo en la representación nacional en ambos hemisferios. Ordenan asimismo las Cortes que desde el momento en que los países de ultramar, en donde se hayan manifestado conmociones, hagan el debido reconocimiento a la legítima autoridad soberana, que se halla establecida en la madre Patria, haya un general olvidado de quanto hubiese ocurrido indebidamente en ellos, dejando sin embargo a salvo el derecho de tercero*."

Posteriormente, fue promulgada la Constitución gaditana de 1812[372]. Esta carta no recogía en ninguno de sus títulos una declaración de derechos a favor de los españoles y menos de los extranjeros. La única mención relativa a los extranjeros era aquella vinculada a los supuestos de adquisición y pérdida de la nacionalidad española[373].

En su art. 5.° N.° 1, establecía tanto el *ius solis* como el *ius sanguinis* para la adquisición de la nacionales. Este decretaba que "Son españoles todos los hombres libres y nacidos y

[370] PABÓN SERRANO, Óscar. "Las Cortes de Cádiz y los españoles de ambos hemisferios. El debate sobre la igualdad de representación entre americanos y peninsulares", en *Revista Temas: Departamento de Humanidades Universidad Santo Tomás de Bucaramanga*. 2012. No. 6, pp. 99-127.
[371] ESPAÑA. CORTES DE CADIZ. Decreto V de 15 de octubre de 1810: "Igualdad de derechos entre los españoles europeos y ultramarinos: olvido de lo ocurrido en las provincias de América que reconozcan la autoridad de las Cortes". Cádiz: Imprenta. Nacional, 1813.
[372] La Constitución de Cádiz fue aprobada el 19 de marzo de 1812, día de la festividad de San José, por lo que fue conocida como "la Pepa". Véase ESPAÑA. "Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812". Madrid: Imprenta Nacional, 1820.
[373] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., p. 30.

avecindados en los dominios de las España y los hijos de estos". Respecto a los extranjeros, estos podían ser españoles siempre y cuando hubieran obtenido de las Cortes carta de naturaleza o que sin ella llevaran 10 años de vecindad, ganada según la ley, en cualquier pueblo de la monarquía.

En materia de ciudadanía, reconocía como ciudadano a aquellos españoles cuyo linaje se remontara a los dominios españoles en ambos hemisferios y que estuvieran establecidos en cualquier localidad dentro de dichos dominios. Asimismo, consideraba ciudadano español al extranjero que ya disfrutara de los derechos de español o contara con una carta especial de ciudadanía otorgada por las Cortes. No obstante, en este último caso, el individuo debía cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución (estar casado con una española y haber introducido alguna invención o industria aplicable en las Españas, haber adquirido bienes raíces sobre los cuales pagara impuestos directos, o haberse establecido en el comercio con un capital considerable propio) También consideraba ciudadano español a aquel que hubiera sido juzgado por las mismas Cortes o hubiera prestado servicios notables en beneficio y defensa de la Nación. (arts. 18, 19 y 20).

Eran considerados ciudadanos los *hijos legítimos de los extranjeros domiciliados en España, que, habiendo nacido en los dominios españoles, no hayan salido nunca fuera sin licencia del Gobierno, y teniendo 21 años cumplidos se hayan avecindado en un pueblo de los mismos dominios, ejerciendo en él aluna profesión* (art. 21).

En el caso las colonias africanas, el artículo 22 de la Constitución de Cádiz señalaba que:

> *Los españoles que por cualquier línea son habidos y reputados por originarios del África, les queda abierta la puerta de la virtud y del merecimiento para ser ciudadanos. En su consecuencia, las Cortes consideran cartas de ciudadanos a los que hicieran servicios calificados a la patria los que se distingan por su talento. La aplicación y conducta con la condición de que sean hijos de legítimo matrimonio, de padres e ingenuos, de que estén casados con mujer ingenua y avecindados en los dominios de las Españas, y de que ejerzan alguna profesión u oficio o industria útil con un capital propio.*

En el año 1813, una vez firmado el Tratado de Valençay[374], Fernando VII recupera el trono, deroga la Constitución de Cádiz y reestablece el absolutismo. A partir de 1814 y bajo su reinado comienza el llamado "sexenio absolutista", marcado por una persecución en contra de los liberales y generando una gran emigración política, seguido de varias conspiraciones en contra del absolutismo y golpes militares.

El pronunciamiento de Riego en 1820 generó la llamada "Revolución liberal", provocando que en el mismo año Fernando VII fuese obligado a restablecer la Constitución de Cádiz y comenzara una nueva etapa bajo su reinado denominada "trienio liberal". Además de jurar la Constitución, abolió la inquisición y nombró un gobierno integrado por liberales moderados[375].

En esta etapa se generó una división entre los liberales, constituyéndose el bando moderado, que representaba la corriente más conservadora del liberalismo español, y el bando exaltado, del ala más progresista. El enfrentamiento de estos dos bandos, sumado a la invasión francesa en 1823 en territorio español, provocó que Fernando VII, tras su liberación, promulgara un decreto con el que quedaba derogada toda la legislación existente en el Trienio y, en consecuencia, restaurando el absolutismo.

Durante el siguiente periodo, llamado la Década Absolutista u "Ominosa"[376], siguió rigiendo la Constitución de Cádiz de 1812 pero bajo un régimen de fuerte represión contra los liberales, obligando a la mayoría de ellos a exiliarse en los países vecinos. En 1833 fallece Fernando VII, siendo designada como regente su viuda María Cristina de Borbón.

---

[374] El Tratado de Valençay o Tratado de Paz y amistad entre el Rey Fernando VII y Bonaparte fue un acuerdo firmado en diciembre de 1813 en dicha localidad, cuyo objetivo fue era la paz en el territorio, reconocer a Fernando VII como rey de España y de las Indias con todos los poderes soberanos. Véase RUIZ-DOMÈNEC, José Enrique. *España, una nueva historia*. Madrid: Editorial Gredos, 2009, p. 859.

[375] El Trienio Liberal permite llevar a la práctica las medidas que habían surgido en la primera experiencia de las Cortes de 1810 a 1814. Los seis años de absolutismo de Fernando VII no habían hecho olvidar el constitucionalismo de 1812, y son muchos y significativos los pronunciamientos que se suceden para poner en vigor la Constitución. Muchos de ellos fracasan y es en el descontento de un ejército acantonado en Andalucía, camino a sofocar la sublevación de América, donde el 1 de enero de 1820, Rafael Riego proclama la Constitución en Cabezas de San Juan (Sevilla), el 1 de enero de 1820. Véase en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "El trienio liberal", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 24 de mayo de 2024]. Disponible en: https://www.congreso.es/es/cem/trielib; RUIZ-DOMÈNEC, J., op. cit., p. 866.

[376] RUIZ-DOMÈNEC, J., op. cit., p. 870. Los liberales del exilio calificaron la segunda Restauración española como la Década Ominosa. Un periodo clave en la historia reciente de España con cambios decisivos en la conducta social y en la cultura política que hicieron perder la cordialidad, la libertad y la tranquilidad de los españoles que se quedaron en el país y crearon una visión nostálgica de la realidad por parte de los exiliados.

Es designada como gobernadora del reino durante la minoría de edad de su hija Isabel II. Esto provocó un grave conflicto sucesorio con su cuñado, Carlos de Borbón, quien aspiraba al trono, iniciándose así la Primera Guerra Carlista[377].

En este contexto, la regente María Cristina promulgó el 10 de abril de 1834 el Estatuto Real, emergiendo como la nueva norma básica para hacer frente a esta situación[378]. Esta carta otorgada, de carácter moderado y conciliador, no contenía una declaración de derechos del ciudadano, sino que se limitaba a establecer una separación de poderes más flexible, compartiendo la soberanía entre las Cortes y el Rey[379].

Las Cortes se componían de dos cámaras. Por un lado, estaba el Estamento de Próceres del Reino, elitista y burgués, integrado por los arzobispos, los obispos, los grandes de España, los portadores de títulos de Castillas y un "número indeterminado de españoles elevados en dignidad e ilustres por sus servicio en las varias carreras (…)[380]. Por otro lado, estaba el Estamento de Procuradores del Reino, compuesto por aquellos que hubiesen sido nombrados con arreglo a la ley de elecciones, específicamente aquellos naturales del reino o hijos de padres españoles, propietarios, terratenientes y que percibieran ingresos anuales elevados (art. 13 y 14).

El rechazo del bloque progresista al Estatuto, por haberse elaborado al margen de la voluntad nacional y por haber omitido agregar una declaración de derechos[381], sumado a

---

[377] La primera guerra Carlista fue una guerra civil entre 1833 y 1840 entre los partidarios de Carlos María Isidro de Borbón y un régimen absolutista (llamados carlistas) y los isabelinos, defensores de Isabel II y la regente María Cristina de Borbón. Véase RUIZ-DOMÈNEC, op. cit., p. 866.

[378] TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 442.

[379] VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional…"*, op. cit., p. 162.

[380] *Art. 3º. El Estamento de Próceres del Reino se compondrá:*
1.º. De muy reverendos arzobispos y reverendos obispos.
2.º. De grandes de España.
3.º. De títulos de Castilla.
4.º. De un número indeterminado de españoles, elevados en dignidad e ilustres por sus servicios en las varias carreras, y que sean o hayan sido secretarios del Despacho, procuradores del Reino, consejeros de Estado, embajadores o ministros plenipotenciarios, generales de Mar o de Tierra, o ministros de los Tribunales Supremos.
5.º. De los propietarios territoriales o dueños de fábricas, manufacturas o establecimientos mercantiles que reúnan a su mérito personal y a sus circunstancias relevantes el poseer una renta anual de 60.000 reales y el haber sido anteriormente procuradores del Reino.
6.º. De los que, en la enseñanza pública, o cultivando las ciencias o las letras, hayan adquirido gran renombre y celebridad, con tal que disfruten una renta anual de 60.000 reales, ya provenga de bienes propios, ya de sueldo cobrado del erario

[381] VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional…"*, op. cit., p. 162.

la tensión creada por las Guerras Carlistas, generó el llamado "Motín de los Sargentos de la Granja"[382] en agosto de 1836, obligando a la regente María Cristina a restaurar nuevamente la Constitución de 1812. Sin embargo, el debilitamiento de la burguesía progresista y la ausencia de apoyo hacia ella por parte de las clases populares condujo a un acercamiento entre la burguesía de poder ascendente y la nobleza, que se tradujo, a nivel constitucional, en la necesidad de elaborar una nueva Constitución[383].

La nueva Constitución de 1837, de naturaleza transaccional[384], reservaba de manera explícita los derechos exclusivamente para los españoles en su Título primero. Entre estos derechos se encontraban el de imprimir y publicar libremente sus ideas, sin censura previa de acuerdo con la ley (artículo 2) y el derecho de petición (artículo 3). La referencia al extranjero se limitaba únicamente al caso en que hubieran obtenido carta de naturaleza, momento en el cual eran considerados españoles.

Esta Constitución, a diferencia de las anteriores, no dedicaba título alguno a los territorios de ultramar: solo un artículo adicional, el segundo, que señalaba que las provincias de ultramar serán gobernadas por leyes especiales. Las Cortes constituyentes de 1837 negaron asiento en la corte a los diputados de las ahora denominadas provincias de ultramar. Se establecían las bases para generar un modelo de dominación colonial en Cuba, Puerto Rico y Filipinas, basado en la institución del capitán general, auténtico eje de ese modelo de "gobierno autocrático"[385].

Hacia 1840, los problemas económicos y políticos generados por la Guerra Carlista debilitaron la figura de la regente María Cristina, por lo que dejó la regencia en manos

[382] El Motín de la Granja de San Ildefonso o Motín de los Sargentos de la Granja fue una sublevación que tuvo lugar la noche del 12 al 13 de agosto de 1836, durante la Regencia de María Cristina de Borbón. Un grupo de sargentos de la guarnición y de la guardia del Palacio Real de la Granja, donde se encontraba la regente con su hija Isabel, obligaron a María Cristina al restablecimiento de la Constitución de 1812 y al nombramiento de un gobierno liberal progresista: presidido por José María Calatrava con Juan Álvarez Mendizábal de nuevo en la cartera de Hacienda. Véase SANZ, Jesús. *La sargentada de la granja. Ensayo sobre el último triunfo y definitiva despedida de la Constitución gaditana*. Segovia. Librería Ícaro, 2012.
[383] TOMAS Y VALIENTE, F., op. cit, p. 44. El régimen que instauró la Constitución de 1837 fue de una Monarquía constitucional.
[384] El carácter transaccional de la Constitución de 1837 era en parte fruto de un pacto político entre las dos tendencias liberales más importantes de la época: la progresista y la moderada; ambas deseosas de construir una legalidad fundamental válida para ambas, la Constitución de 1837, producto de una revolución y término de ella, había sido un tratado de paz entre dos partidos impulsados, ambos por el deseo del bien de la patria. VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional…"*, op. cit., p.193.
[385] VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional*…", op. cit., p. 192.

del general Baldomero Espartero[386] hasta 1843, momento en que un movimiento militar, encabezado tanto por el Partido Progresista como por el Partido Moderado (liderado por los generales Narváez, Serrano y O'Donnell), obliga a Espartero a exiliarse, provocando un vacío político que fue resuelto por las Cortes, proclamando la mayoría de edad de Isabel con 13 años.

Bajo el reinado de Isabel II, comenzaba la llamada "Década Moderada". En 1844 se convocan nuevas elecciones, en las cuales ganan los moderados. Al año siguiente se decide promulgar una nueva Constitución.

La Constitución de 1845, más bien moderada, reconocía una soberanía compartida entre las Cortes y la reina, estableciendo que la potestad de hacer las leyes residía en la Cortes y la reina (art. 12).

Como bien señala Joaquín Varela Suanzes-Carpegna[387]:

> "El punto de partida de la Constitución de 1845 era la doctrina jovellanista de la Constitución histórica de España (…) que implicaba distinguir el texto constitucional o Constitución formal y las leyes fundamentales o Constitución histórica. La Constitución formal podía variarse al igual que una ley ordinaria. La histórica, en cambio, era intocable."

En su artículo 1.º establecía quienes eran españoles: considerando en esta categoría a los extranjeros que hubiesen obtenido carta de naturaleza y entregando a la ley la determinación de los derechos que deberán gozar los extranjeros que hayan obtenido esta carta de naturaleza o hayan ganado vecindad.

---

[386] Baldomero Espartero (1793 - 1879) fue un símbolo permanente para los liberales españoles del siglo XIX, tanto por su decidida lucha continua en defensa de la libertad y soberanía popular como por su espíritu de superación, que le llevó desde la modesta condición de hijo del carretero de Granátula (Ciudad Real) a Príncipe de Vergara con tratamiento de Alteza Real. Para alcanzar este hito, sigue el único camino posible entonces: enrolarse en el ejército. Aprovecha para ello la guerra de la Independencia, sin perjuicio de su formación, obteniendo en 1812 el grado de subteniente. Llega luego a América con el ejército de Morillo, compaginando las acciones militares con la difusión de sus ideas liberales que le llevan a intentar proclamar en Perú la Constitución de 1812. Véase MARLIANI, Manuel de. *Regencia de D. Baldomero Espartero, conde Luchana, duque de la Victoria y de Morella, y sucesos que la prepararon*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2020.

[387] VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional*…", op. cit., p. 215.

Hasta 1854 suceden varios revoluciones políticas y armadas, provocando que el gabinete del Gobierno dimitiera y se creara una junta en Madrid. Esto obliga a la reina a nombrar un nuevo gobierno. Este recayó en Espartero, dando origen al periodo conocido como "Bienio progresista"[388].

Durante este periodo constitucional, fue dictada la primera regulación en materia de extranjería: el Real Decreto de Extranjería, de 17 de noviembre de 1852[389], "que culminaba la evolución de la tradición jurídica española desde la separación de regímenes para converger en la equiparación de extranjeros y nacionales"[390].

Esta normativa establecía que eran considerados extranjeros todos aquellos nacidos fuera de los dominios de España (criterio en función al lugar de nacimiento) o que hubieran nacido de madre española, si es no hubiesen reclamado la nacionalidad de España[391]. A su vez, introducía la distinción entre extranjeros domiciliados y transeúntes, cuando "*residan en España sin haber adquirido carta de naturaleza o ganado vecindad con arreglo a las leye*s" (art. 3.º).

Además, establecía en su art. 13 que aquellas personas que no se hallasen inscritos en la clase de transeúntes o domiciliados en las matrículas de los gobiernos provinciales y de

[388] Ibidem, p. 263.
[389] ESPAÑA. Real Decreto dictando, varias reglas sobre extranjería, adoptando la clasificación de domiciliados y transeúntes. Gaceta de Madrid, de 25 de noviembre de 1852, número 6730, 3 páginas.
[390] MOYA MALAPEIRA, David. *Las medidas de alejamiento de extranjeros en el sistema de control migratorio español* [en línea]. Tesis doctoral presentada en la Universidad de Barcelona, 2004, p. 54. [Fecha de la consulta: 26 de abril de 2024]. Disponible en https://fundaciobofill.cat/es/publicaciones/las-medidas-de-alejamiento-de-extranjeros-en-el-sistema-de-control-migratorio-espanol. Esta disposición instauró los fundamentos del moderno sistema de control migratorio de entrada y estancia, al introducir una autorización administrativa en la forma de documentos esenciales para la entrada en España; el establecimiento de controles de entrada en las fronteras; la introducción del concepto de entrada ilegal sancionado con una medida de alejamiento (que aun es la expulsión), pero que en supuestos especiales puede ser intercambiada por medidas limitativas de la libertad ambulatoria, cuya imposición requiere, en todo caso, de un acto administrativos mínimamente procedimentalizado; y por último la incorporación del delito de desobediente grave aplicado al incumplimiento de las órdenes de expulsión.
[391] *Artículo 1º. Son extranjeros:*
1º. Todas las personas nacidas de padres extranjeros fuera de los dominios de España.
2º. Los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de estos dominios, si no reclaman la nacionalidad de España.
3º. Los que han nacido en territorio español de padres extranjeros o de padre extranjero y madre española, si no hacen aquella reclamación.
4º. Los que han nacido fuera del territorio de España de padres que han perdido la nacionalidad española,
5º. La mujer española que contrae matrimonio con extranjero.
6°. Como parte de los dominios españoles se consideran los buques nacionales sin distinción alguna.

los consulados respectivos de sus naciones, no tendrían derecho a ser considerados extranjeros. Esta norma establecía un concepto legal que, en caso de incumplimiento, significaba la aplicación de una multa, además de la expulsión del territorio español (art. 13).

Esta categoría legal ("condición civil de los extranjeros domiciliados y transeúntes" como señala el Capítulo II del Real Decreto) era de suma importancia, ya que permitía a los extranjeros que cumplían los requisitos establecidos para permanecer en el territorio español la posibilidad de tener algunos derechos: como el derecho a entrar y salir libremente de España y de transitar con igual libertad en su territorio con sujeción a las reglas. Asimismo, tenían como la posibilidad de adquirir y poseer bienes inmuebles, ejercer la industria y tomar parte en todas las empresas que no estén reservadas por ley a los súbditos españoles.

Los extranjeros domiciliados también podían ejercer el comercio al por mayor y al por menor, bajo las condiciones que para los españoles establecen las leyes y reglamento. Tienen así el derecho de disfrutar de todos los aprovechamientos conmines del pueblo en donde tengan su domicilio (art. 19). Por su parte, los extranjeros transeúntes podían ejercer solo el comercio al por mayor.

En cuanto a las obligaciones que tenían, estas eran particularmente de carácter fiscal. Comprendían los pagos de préstamos, donativos y el pago de impuestos municipales de vecindad y provinciales, que solo les correspondía a extranjeros domiciliados. Además, estaban exentos del servicio militar. Sin embargo, se les prohibía profesar otra religión que no fuese la Católica Apostólica Romana, participar de los derechos políticos pertenecientes a los españoles, obtener beneficios eclesiásticos, pescar en las costas de España y realizar con sus buques el comercio de cabotaje.

Llama la atención lo dispuesto en su art. 27, que establece la prohibición del extranjero de ejercer derechos municipales en las elecciones para los ayuntamientos, así como también lo priva de obtener cargos municipales y empleos en el Estado, "sino renuncia expresamente por si y sus hijos a la exención del servicio militar y a toda protección extraña en los relativos de sus cargos".

Para algunos autores, esta renuncia podría ser considerada como una especie de "naturalización atenuada, susceptible de ejercer y ostentar derechos políticos, pero sin la requerida naturalización; una tipología de extranjero domiciliado, pero cualificado, que puede prestar servicio en armas, que ha de renunciar al Fuero de Extranjería y ser juzgado como un español, con la contrapartida de poder ocupar cargos municipales y empleos en las diversas carreras del Estado"[392].

Los artículos 30 y 31 reconocían el llamado "Fuero de Extranjería" en el cual, a falta de una nueva organización de los Juzgados y Tribunales del reino, toda causa en contra de los extranjeros domiciliados y transeúntes debía ser conocida, en primera instancia, por los gobernadores de las plazas marítimas y los capitanes generales, y en segunda instancia, por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina y el Tribunal Supremo de Extranjería.

En conclusión, en este primer periodo no existía una regulación que reconociera a las personas extranjeras como titulares de derechos. La normativa de la época se fundamentaba en la separación de las categorías de español y extranjero, otorgando los derechos y beneficios a los nacionales de la península, incluidos aquellos que se encontraran en las colonias. Aun cuando el Real Decreto de 1852 pareciera romper con esta idea y avanzar hacia un criterio de equiparación, la distinción entre españoles y extranjeros incluye un nuevo factor de diferenciación como es la legalidad de la residencia en el territorio español.

Durante este periodo se elaboró un proyecto de Constitución que nunca llegó a ser promulgada. Antes de llegar a promulgarse, aun habiendo ya sido discutido y votado por las Cortes constituyentes, fue publicado el Real Decreto de 15 de septiembre de 1856, que reestablecía la Constitución de 23 de mayo de 1845. La Constitución española de 1856, conocida como "*la non nata*", no reconocía expresamente al extranjero dentro de su articulado, salvo en el caso de prohibición de persecución al español o extranjero por

[392] MURO CASTILLO, Alberto y CABO DEL ROSAL, Gabriela. "La condición de nacional y extranjero en el constitucionalismo decimonónico español". En GARCÍA CASTAÑO, Francisco y KRESSOVA IORDANISHVILI, Nina (coords.) *Actas del Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada: Instituto de Migraciones Granada, 2011, p. 2089.

sus opiniones o creencias religiosas, siempre y cuando no las manifestara por actos públicos contrarios a la religión (art. 14).

Continuando con la historia constitucional española, la promesa incumplida de juzgar a María Cristina, limitándose a expulsarla a Portugal, y las fuertes represiones en contra del movimiento obrero, provocaron el retiro de Espartero al mando del gobierno. De esta forma, la reina procede a conceder la jefatura de este a O'Donnell, iniciándose el nuevo periodo moderado y los gobiernos de la Unión Liberal[393]. Dentro de las primeras medidas adoptadas en esta nueva etapa destaca la restauración de la Constitución de 1845 que se había dejado sin aplicación durante la Regencia de María Cristina.

Sin embargo, hacia 1868, comienza el declive del reinado de Isabel II, provocado por las graves crisis económicas y de subsistencia, lo que generó ese mismo año una revolución iniciada por el general Prim y las fuerzas sublevadas al mando del General Serrano. A raíz de estos sucesos se conforma un gobierno provisional, forzando a la reina a exiliarse. "La Gloriosa", como fue llamada esta revolución, puso término al reinado de Isabel II[394].

Comienza así el periodo conocido como el "Sexenio democrático", marcado principalmente por la convocatoria a las Cortes Constituyentes para redactar una nueva constitución durante la regencia del general Serrano y la búsqueda de un rey[395].

La Constitución de 1869 reconoció por primera vez, a nivel constitucional, derechos expresamente a los extranjeros. Entre estos figuraban la prohibición (tanto para españoles como extranjeros) de ser detenido ni preso sino por causa de delito (art. 2.º), la inviolabilidad del domicilio, en el caso de un extranjero residente en España, salvo en casos urgentes o para auxiliar a otra persona. Asimismo, prohibió el registro de sus papeles o efectos; registro que solo podría realizarse siempre y cuando lo haya decretado un juez competente y hubiese de ejecutarse de día (art. 5.º). Además, garantizaba la

[393] Los gobiernos de la Unión liberal constituyen el tercer periodo del reinado de Isabel II en España, comprendido entre el bienio progresista (1854-1856) y la crisis final de la Monarquía Isabelina (1863-1968). Véase CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Las Regencias y el Reinado de Isabel II (1833-1868)", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la visita: 25 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/crismod

[394] RUIZ-DOMÈNEC, J., op. cit., p. 895. La revolución de 1868 denominada "la Gloriosa" lanzó al pueblo a la lucha política; VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional…"* op. cit., p. 267.

[395] VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional…"*, op. cit., pp. 267 y ss.

libertad de culto a los extranjeros residentes en España, siempre y cuando no fuese contrario a las reglas universales de la moral y el derecho (art. 21).

Respecto a la libre circulación, el art. 25 de la Constitución establecía que *todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las Autoridades españolas.*

Algunos autores consideran que este reconocimiento de derechos (el de residencia y el ejercicio de la industria o profesión) fundamenta una noción general de equiparación entre extranjeros y españoles, contenida en una norma de rango constitucional[396] al menos en el disfrute de los derechos individuales (no políticos: los sociales no existían).

Sin embargo, esta Constitución distinguía una serie de derechos y deberes dependiendo si se era español o extranjero. Por ejemplo, los derechos de opinión, reunión y asociación sólo estaban consagrados para los españoles (art. 16 y 17), así como el acceso a los empleos y cargos públicos (art. 27).

La Constitución de 1869 añadió a la regulación constitucional que "La calidad de español se adquiere, se conserva y se pierde con arreglo a lo que determinen las leyes" (artículo 1.4). Este fue el inicio de su desconstitucionalización, que dio paso a su ordenación en el Código Civil de 1889, que reguló, así, una materia que hasta ese momento había sido un contenido constitucional incuestionado. Es por ello que la normativa sobre nacionalidad del Código Civil fue traída desde el Derecho Constitucional[397].

La segunda mitad del siglo XIX se desarrolla con el Real Decreto de Extranjería de 1852 y dos textos constitucionales, los de 1869 y 1876, en cuyo marco se promulga el Código Civil de 1889. El Código Civil formulaba un principio general de equiparación entre extranjeros y nacionales en su Art. 27. "*Los extranjeros gozan en España de los derechos*

[396] URREA, Martín. "El derecho de extranjería en el contexto histórico del prefranquismo", en *e-SLegal History Review*. 2014. No. 18. s/p. [Fecha de la consulta: 26 de abril de 2023]. Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=414798.

[397] RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. "La nacionalidad. (Título II: art. 23-24)". En OLIVER ARAUJO, Jona y RUIZ REBOLLEDO, Agustín (dirs.) *Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, p. 114

que las Leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2.º de la Constitución del Estado o en tratados internacionales".

Sin embargo, en el régimen español, a principios de siglo, las constituciones tenían carácter meramente político, dejando al "Código Civil"[398] el plano normativo. Esto significó que la equiparación no se traspasará a las constituciones posteriores, sino que permaneciera en el Código Civil.

En este mismo periodo, la imperiosa necesidad de buscar un rey llevó al gobierno a considerar múltiples candidatos y opciones. Estos esfuerzos no fueron fructíferos y las consecuencias fueron gigantes: derivando incluso en la detonación de la guerra Franco-Prusiana[399]. Como resultado, la candidatura del segundo hijo del Rey de Italia, Amadeo de Saboya, fue aceptada por las Cortes Constituyentes, declarándolo nuevo Rey de España. El reinado de Amadeo I fue el primer intento, en España, de poner en práctica una monarquía parlamentaria o democrática. Sin embargo, esta sólo duró dos años, ya que en 1873 el Rey abdicó. Al día siguiente de la abdicación de Amadeo, las Cortes proclaman la República.

La Primera República española[400] duró sólo un año, pero dio origen a dos hitos importantes. El primero es que, durante la Asamblea Nacional, fue presentado el proyecto de ley que abolía la pena de muerte, el 20 de febrero de 1873. El segundo fue el proyecto de Constitución Federal de la República española de 1873, el cual solo llegó a la etapa de discusión. Dentro de este proyecto, la titularidad de derechos era extendida a todas las personas. Aquí los extranjeros eran reconocidos expresamente, manteniendo la estructura de la Constitución de 1869[401].

---

[398] Mediante el Real Decreto de 1889 se publica el primer código civil de Español. ESPAÑA, Real Decreto del de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de julio de 1889, número 206, 282 páginas.

[399] RUIZ-DOMÈNEC, J., op. cit., p. 902.

[400] Se suceden cuatro presidentes en los once meses que dura la Primera República, que tienen que hacer frente al problema de la insurrección cantonal: Estanislao Figueras, Francisco Pi y Margall, Nicolás Salmerón y Emilio Castelar. Véase CONGRESO DE LOS DIPUTADOS "Sexenio Revolucionario 1868-1874", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la visita 24 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/sexrevol

[401] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., p. 32. Para un mayor análisis sobre el Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873, véase: ENÉRIX OLAECHEA, Francisco. "El proyecto de Constitución Federal de la I República Española (1873)", en *Revista Jurídica de Navarra*. 2004. No. 37, pp. 113-146; CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Proyecto Constitución Federal

La incorporación del general Pavía en el Congreso, el 3 de enero de 1874, origina la disolución de las Cortes. En diciembre de ese mismo año, Alfonso XII hace público el *Manifiesto de Sandhurst* y, el 29 de ese mismo mes, el general Martínez Campos proclama la restauración de la monarquía[402]. El pronunciamiento del general Arsenio Martínez Campos en Sagunto, el 29 de diciembre de 1874, restaura la dinastía de los borbones en la figura de Alfonso XII. El 31 de diciembre, Antonio Cánovas del Castillo asume la presidencia del Consejo de Ministros, abriendo un periodo de regencia que termina con la llegada del nuevo Rey a Barcelona el 9 de enero de 1875 y a Madrid el día 14.

Durante el reinado de Alfonso XII, las nuevas Cortes aprueban y sancionan una nueva Constitución en 1876. Esta carta era un texto breve y abierto de 89 artículos que permitía mantener la alternancia de los partidos políticos de la época[403].

En su artículo 1.º establecía quienes eran españoles, manteniendo la regla del *ius solis* (personas nacidas en el territorio); el *ius sanguinis* (los hijos de padre o madre españolas, aunque hayan nacido fuera de España); la naturalización para aquellos extranjeros que hayan obtenido la respectiva carta y los que hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la monarquía.

La Constitución de 1876 reconocía expresamente a los extranjeros la titularidad del derecho a circular libremente en el territorio español, a ejercer industria y a dedicarse a

---

República Española", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 26 de abril de 2023]. Disponible en https://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/cons1873_cd.pdf

[402] La Restauración, que no se entiende sin la figura de Antonio Cánovas del Castillo, se divide en tres periodos: Reinado de Alfonso XII, 1874-1885, Regencia de María Cristina de Habsburgo-Lorena, 1885-1902, y Reinado de Alfonso XIII, 1902-1923 Uno de los hechos más significativos de la Restauración fue la pérdida en 1898 de Cuba y Filipinas, últimas posesiones en América y Asia, tras una guerra con Estados Unidos. Véase CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "La Restauración 1874-1923", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 24 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/restaur.

[403] La vida de la Constitución transcurrió en tres etapas. Una primera de 1875 a 1885 llamada la de Alfonso XII, el Pacificador, que culminó con el Pacto del Pardo, que contempla la alternancia en el poder de conservadores y liberales. Una segunda etapa de 1885 a 1902, bajo la Regencia de doña María Cristina, marcada por las escisiones, la oligarquía, el caciquismo, el problema regional y, sobre todo, por la pérdida de las colonias en 1898, que permitió que resonaran todas las voces hasta entonces excluidas por el sistema. La tercera y última es la de Alfonso XIII, de 1902 a 1923, en la que el sistema político se mantiene, pero se revisa. Es la época de las llamadas "crisis orientales", los problemas sociales, y la progresiva caída de los cuatro bastiones de la Restauración: en 1912, el asesinato de Canalejas rompe el turno de partidos; en 1917, la Asamblea de Parlamentarios evidencia la crisis de las Cortes; en 1923, el golpe de Estado de Primo de Rivera involucra al ejército y suspende la Constitución y, en 1931, tras el fracaso de la Dictadura, sucumbe la monarquía.

una profesión. Sin embargo, aquellos cargos que tuvieran aneja autoridad o jurisdicción no podían ser ejercicios por ellos salvo que estuviesen naturalizados (art. 2.º). Además, establecía la reserva de ley como garantía tanto para los españoles como para los extranjeros, que prohibía ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban (art. 4.º). Asimismo, les reconocía la inviolabilidad del domicilio a todos los extranjeros residentes en España sin su consentimiento (art. 6.º).

Se hace patente que los derechos reconocidos a los extranjeros van disminuyendo, pero la tendencia a la equiparación fue mantenida en los textos legislativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1882, del Código de Comercio de 1885 y del Código Civil de 1889[404].

Todas las materias del ordenamiento jurídico hasta la fecha estaban ligadas, de una u otra forma, a la nacionalidad. Por ello, cuando el Estado legislaba en la materia, lo hacía desvinculado de cualquier directriz imperativa, y a través de dicha legislación establecía sus propios principios constitucionales, De ahí que el tratamiento que se hace de la nacionalidad en los textos constitucionales españoles sea, en ocasiones, inexistente; en otros, aparentemente insuficiente; y en las más de las veces adopte una cierta estabilidad con modificaciones de carácter más o menos sustancial, pero manteniendo cierta línea continuista[405].

A la muerte de Alfonso XII le sucedió en la corona la regente María Cristina de Habsburgo-Lorena hasta el año 1902, en el que Alfonso XIII alcanzaría la mayoría de edad a los 16 años. A partir de 1914 comienza la crisis de la monarquía constitucional de Alfonso XIII, con la descomposición de los dos grandes partidos en que se había apoyado la Restauración. La fragmentación de los mismos da lugar a gobiernos inestables[406].

[404] MURO CASTILLO, A. y CABO DEL ROSAL, G., "*La condición de nacional y extranjero*…", op. cit., p. 2083
[405] Ídem.
[406] CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Reinado de Alfonso XIII (190-1923)", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la visita: 24 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/reyalfonsoxiii

El 28 de junio de 1919 se firma el Tratado de Versalles, que recoge las condiciones de la paz tras el fin de la Primera Guerra Mundial. Se da cuenta de este tratado en la sesión plenaria de 1 de julio.

En este contexto de crisis política y social, el capitán general de Cataluña, Miguel Primo de Rivera, da un golpe de estado el 13 de septiembre de 1923, parecido a los pronunciamientos militares tan habituales a lo largo del siglo XIX. La dictadura de Primo de Rivera se caracterizó por ser un periodo no constitucional dentro del reinado de Alfonso XIII, con fuertes políticas antinacionalistas, especialmente contra los catalanes. Esta dictadura tuvo dos directorios. El primero, de corte militar vigente hasta 1925, y el segundo, de tipo civil hasta 1930. La Constitución de 1876 fue suspendida, al igual que los derechos de políticos de reunión y asociación, incluidas las garantías constitucionales.

La dictadura de Primo de Rivera aspiraba, durante los primeros años, a una serie de logros sociales y económicos, incluso con la participación de los socialistas en algunas instituciones como el Consejo de Estado. Pero las crisis económicas y las alteraciones sociales la llevaron a un aislamiento progresivo. En enero de 1930, Primo de Rivera presentaba su dimisión y fallecía en París en marzo de ese mismo año.

La Asamblea Nacional[407] finalizaba el 6 de julio de 1929. La ambigüedad corporativa de este periodo terminó con las elecciones municipales de 12 abril de 1931, convocadas por un gobierno de concentración presidido por el Almirante Aznar, que dieron paso a la convocatoria de unas Cortes Constituyentes. Comenzaba así la II República[408].

2. Los derechos de los extranjeros en los textos constitucionales y legales de la Segunda República y durante la dictadura de Franco

Durante la primera década del siglo XX en España se mantuvo formalmente la aplicación del Real Decreto de 1852 y, aunque los controles fronterizos se habían relajado, el control

[407] La Asamblea Nacional es un organismo creado por Primo de Rivera por Real Decreto Ley de 12 de septiembre de 1927. En él se establece que la Asamblea tendrá una doble naturaleza: fiscalizadora y consultiva en la labor del gobierno y preparatoria de proyectos fundamentales que habrán de ser objeto de examen por un órgano legislativo al que se accederá por elección, con las máximas garantías de independencia y pureza.

[408] CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Dictadura de Primo de Rivera. Asamblea Nacional 1923-1930", en Congreso de los Diputados [en línea]. [Fecha de la consulta: 24 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/primoriv

migratorio y la aplicación de medidas de alejamiento como la expulsión se mantuvo, especialmente respecto de extranjeros indigentes. Esta situación se mantuvo hasta 1914, en que el clima prebélico derivó eventualmente en el inicio, en Europa, de la Primera Guerra Mundial[409].

Como describe el profesor David Moya[410]:

> "En Europa, el inicio de la Ia Guerra Mundial provocó el retorno de muchos inmigrantes para participar en la industria de defensa o en el ejército, a pesar de lo cual las necesidades de mano de obra se cubrieron mediante el recurso a trabajadores de las colonias e incluso trabajadores extranjeros, así como al trabajo de los prisioneros de guerra. La Guerra y la revolución rusa también generaron importantes movimientos migratorios en Europa, agravados durante el período de entreguerras del S. XX por la gran crisis económica, el cierre de Estados Unidos a la inmigración y las dictaduras de algunos países europeos. Sólo algunos países como Bélgica o Francia recibieron trabajadores extranjeros y asilados, en el caso francés debido al déficit demográfico acumulado por Francia y agravado por las pérdidas humanas durante la guerra69. Es en este período cuando se desarrolla la contratación de trabajadores extranjeros, instituyendo organismos estatales encargados del reclutamiento (control médico, capacitación laboral, etc.,) a la par que, con la crisis de la Depresión, se consolidan técnicas como las cuotas de trabajadores extranjeros, la instauración de políticas discriminatorias en favor de los trabajadores nacionales, sanciones contra empleadores de mano de obra ilegal y poderes amplísimos para la policía, muy claramente en Alemania."

En las elecciones municipales del 12 de abril de 1931, las candidaturas de la coalición de republicanos y socialistas obtuvieron un rotundo triunfo en las más importantes ciudades, lo que obligó a Alfonso XIII a abandonar España y dar comienzo a la Segunda República[411].

[409] MOYA MALAPEIRA, "*Las medidas*…", op. cit., p. 58.
[410] Ibidem, p. 60.
[411] VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional*…", op. cit., p. 446.

El 6 de mayo el gobierno provisional creó una Comisión Jurídica Asesora encargada de redactar un proyecto de Constitución. Sin embargo, el Gobierno, dada su heterogeneidad política, no pudo hacer suyo el anteproyecto, por lo que se limitó a trasladarlo a las Cortes. Fue nombrada una nueva Comisión Constitucional. La nueva Constitución fue aprobada el 9 de diciembre de 1931[412].

La Constitución de 1931 articulaba, en primer lugar, un Estado democrático y social de derechos; en segundo lugar, un Estado integral compatible con las autonomías regionales y, en tercer lugar, un sistema de gobierno racionalizado[413].

Esta Constitución, con una clara influencia de las constituciones europeas posteriores a la Primera Guerra Mundial[414], estableció la obligación por parte del Estado español de acatar las normas universales del derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo[415].

A su vez, reconoció el derecho a emigrar o inmigrar, quedando solo sujeto a las limitaciones que la ley estableciera. También reconocía el derecho a la inviolabilidad del domicilio del extranjero residente en España en su artículo 31:

> *"Todo español podrá circular libremente por el territorio nacional y elegir en él su residencia y domicilio, sin que pueda ser compelido a mudarlos a no ser en virtud de sentencia ejecutoria.*
> *El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca.*
> *Una ley especial determinará las garantías para la expulsión de los extranjeros del territorio español.*

---

412 Ibidem, pp. 445 y ss.
413 Ibid., p. 452.
414 OLIVER ARAUJO, Joan. "La Constitución Republicana de 1931". en *Dereito*, Revista *Xuridica de Santiago de Compostela*. 1997. Vol. 6, p.109 La Constitución de 1931 se enmarca en el constitucionalismo europeo del periodo de entreguerras. Es evidente la impronta de la Constitución alemana de Weimar en el diseño del sistema parlamentario y la de la Constitución de Austria de la época en lo que atañe a la formación de la justicia constitucional. Refleja también otras influencias como la mexicana, ya que constitucionaliza los llamados derechos fundamentales de la tercera generación o derechos sociales y económicos.
415 Art. 7.º Constitución Española de 1931. *El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo*.

El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él sino en virtud de mandamiento de Juez competente. El registro de papeles y efectos se practicará siempre a presencia del interesado o de una persona de su familia y, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo"

El Estado concentraba la competencia exclusiva para legislar y ejecutar directamente en las materias relativas a la adquisición y pérdida de la nacionalidad, así como respecto a la regulación de los derechos y deberes constitucionales (art. 14.1) y sobre aquellas materias vinculadas a la Policía de fronteras, inmigración, emigración y extranjería. (art. 14.16).

En su art. 23, establecía quienes eran españoles, reconociendo el *ius sanguinis* de aquellos nacidos tanto dentro como fuera de España de madre o padre español; los nacidos en el territorio español de padres extranjeros (siempre que optaran a la nacionalidad española de acuerdo con la ley); los nacidos en España de padres desconocidos; los extranjeros que obtuviesen carta de naturalización y los que hubieran ganado vecindad en algún pueblo de la República. Se puede apreciar como hay un cambio respecto a la Constitución anterior, ya que no se reconoce el *ius solis* a menos que el origen de los padres se desconociera, en cuyo caso se otorgaba la nacionalidad española.

Además, introducía tres novedades respeto a la nacionalidad. En primer lugar, reconocía el derecho de la mujer extranjera que se casara con un español a conservar su nacionalidad de origen o adquirir la de su marido, previa opción regulada por las leyes de acuerdo con los Tratados internacionales. En segundo lugar, establecía mediante una ley el procedimiento que facilitara la adquisición de la nacionalidad a las personas de origen español que residieran en el extranjero. Por último, reconocía el principio de reciprocidad internacional efectiva, mediante los requisitos y trámites que fijara la ley, para conceder ciudadanía a los naturales de Portugal y países hispánicos de América (incluyendo también a Brasil), cuando así lo solicitaran y si residían en territorio español, sin que perdieran ni modificara su ciudadanía de origen.

El reconocimiento de la doble nacionalidad fue una de las novedades más relevantes del texto de 1931, que derivó a una ley la regulación del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad a las personas de origen español que residieran en el extranjero, condicionándola a la reciprocidad. Ahora bien, esta doble nacionalidad quedaba limitada

a los países iberoamericanos y a Portugal. Este gesto reafirma los lazos con Iberoamérica, de tal forma que esta doble nacionalidad lo era "en aras de un nuevo ibero americanismo liberal que consideraba las repúblicas americanas como naciones hermanas, abdicando de las pretensiones de la monarquía borbónica de seguir siendo la madre patria"[416].

No obstante, en esta época se endureció el control administrativo sobre los no nacionales, a través del Decreto de 4 de octubre de 1935[417], que otorgaba a la Administración española plena discrecionalidad sobre la circulación y estancia de los extranjeros en España.

El Decreto establecía en su artículo 1.º que aquellos *extranjeros y españoles pretendan entrar en territorio nacional o salir de él, sea por vía aérea, terrestre o marítima, están obligados a llevar un pasaporte que acredite su personalidad*. *Sin dicho requisito, ni los extranjeros podrán ejercitar dentro del territorio nacional los derechos que les conceden los Tratados y Leyes, ni los españoles, fuera de la Nación, disfrutarán de la protección y solicitud con que por los Agentes del Gobierno deben ser atendidos*.

Las elecciones del 16 de febrero de 1936[418] pusieron de relieve los niveles de odio y enfrentamiento entre los bandos extremadamente conservadores y aquellos que concebían

[416] RIDAURA MARTINEZ, M., op. cit., p. 122.
[417] Decreto (rectificado) disponiendo que los extranjeros y españoles que pretendan entrar en territorio nacional o salir de él, sea por vía área, terrestre o marítima, estén obligados a llevar un pasaporte que acredite su nacionalidad. ESPAÑA. Decreto sobre pasaportes y extranjeros, se reproduce a continuación debidamente rectificado. Gaceta de Madrid, de 9 de octubre de 1935, número 282, 32 páginas.
[418] Las elecciones celebradas el 16 de febrero de 1936 dan la victoria a las fuerzas agrupadas en el *Frente Popular*, que obtienen 257 diputados. Antes de culminar el proceso electoral, pues aún debía celebrarse una segunda vuelta, y antes, por tanto, de constituirse las Cortes, Portela Valladares, encargado de gestionar las elecciones, abandona su cargo, creando así un vacío de poder que fuerza la inmediata formación de un Gobierno cuya presidencia asume Manuel Azaña. La situación, cada vez más tensa, que se vive en el campo y en las ciudades se refleja en las discusiones de las Cortes, centradas sobre todo en el orden público. El teniente Castillo es asesinado por grupos armados de la derecha el día 12 de julio, y al día siguiente Calvo Sotelo es asesinado por grupos armados de la izquierda. Finalmente, la sublevación militar estalla en Marruecos los días 17 y 18 de julio de 1936, extendiéndose a la península. Su fracaso da lugar a la Guerra Civil, que se prolonga hasta marzo de 1939. El 1 de octubre de 1936 se suspenden las sesiones parlamentarias. Una parte de las Cortes se traslada a Valencia, iniciándose así una itinerancia (Valencia, Barcelona, San Cugat del Vallés, Sabadell y Figueras) que culmina con la celebración en París, ya en marzo de 1939, de las últimas reuniones de la Diputación Permanente, órgano que trata de asumir sus funciones constitucionales y delibera sobre la dimisión de Azaña como presidente de la República, el golpe del coronel Casado y la comparecencia de Negrín último presidente del Consejo de Ministros, en la sesión celebrada los días 31 de marzo y 1 de abril de 1939. Véase CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "II República Española 1931-1939", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la visita: 24 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/iirepesp

el Estado de derecho como un medio y no un fin, lo que desencadenó una Guerra Civil[419]. La Guerra Civil Española se desencadenó tras el fracaso del golpe de Estado del 17 y 18 de julio de 1936, ejecutado por parte de parte de las fuerzas armadas en contra del gobierno electo de la Segunda República.

El 1 de abril de 1939 fue declarado el fin de la guerra, comenzando una de las etapas más oscuras de la historia española. El 29 de septiembre de ese mismo año, la Junta de Defensa Nacional nombraba al general Francisco Franco Jefe de Gobierno del Estado Español, a quien se le atribuían todos los poderes del nuevo Estado[420].

El régimen de Franco careció de una verdadera Constitución que garantizara los principios de un Estado de derecho con una clara separación de poderes. A lo largo del tiempo, y atendiendo a las exigencias de adaptación, tanto internas como externas, fueron elaboradas una serie de leyes que, con el rango de Fundamentales, pretendían suplir el vacío de una Constitución. En total fueron 7 las Leyes Fundamentales, refundidas posteriormente en el Decreto de 20 de abril de 1976, que regulaba el poder público[421] y los derechos y deberes de los españoles.

Con la instauración del régimen franquista, en materia de extranjería, el sistema de control de entradas se caracterizó por el mantenimiento de lo dispuesto en el Decreto de 1935 con algunas modificaciones: el Decreto de 18 de octubre de 1945 y la Ley del 17 de julio de 1948, que introdujo el arresto sustitutorio; el Decreto de 1935, que fue reformado por el Decreto de 2 de julio de 1954 para dar nueva redacción a los arts. 17 y 25: específicamente respecto a los extranjeros que pretendieran continuar en España finalizada la prórroga, ya sea con carácter temporal o definitivo. Estos eran obligados a solicitar, por escrito, la solicitud de expedición de la autorización de residencia para extranjeros, haciendo constar en ella el señalamiento de dos ciudadanos españoles, que consintieran en garantizarlos; la manifestación concreta del objeto de su estancia en España y, finalmente, una justificación que asegurara que están inscritos en el consulado de su país.

[419] OLIVER ARAUJO, J., op. cit., p. 119.
[420] VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional*…", op. cit., p. 505.
[421] Ídem. Estas Leyes Fundamentales fueron: El Fuero del Trabajo 1938, La Ley de Cortes de 1942, el Fuero de los Españoles 1945, La ley de sucesión en la Jefatura del Estado 1947 la Ley de Principios del Movimiento Nacional 1958 y la Ley Orgánica del Estado de 1967.

Además, otorgaba a las autoridades amplios márgenes de discrecionalidad para aplicar la sanción de expulsión ante cualquier infracción del Decreto de 1935, con abstracción de la gravedad de la misma, incluso fuera del marco de la ley. Se permitía, además, el mantenimiento de las sanciones de plano, incluso sin expediente, cuando la infracción o extralimitación corregible apareciera comprobada. Estos amplios márgenes de discrecionalidad estaban avalados, a su vez, por la calificación de casi la totalidad de los procedimientos de extranjería como procedimientos especiales y, de entre ellos, especialmente aquellos de alejamiento de extranjeros[422].

La orientación represiva del régimen franquista era manifestada en la regulación de extranjería, desconociendo a las personas extranjeras como titulares de derecho y quedando de manifiesto en el Fuero de los Españoles de 1945[423].

Como indica el profesor David Moya;

> "El fin de la II Guerra Mundial dividió Europa en dos bloques de Estados. El bloque occidental inició la reconstrucción reforzando su capacidad laboral con mano de obra extranjera, lo cual abrirá un período de importantes migraciones propiciadas por los Estados Europeos (Alemania, Francia, Reino Unido, Bélgica,...) para lo cual se dotan de un aparato de reclutamiento así como de una normativa migratoria muy abierta, sobre la base del modelo *gastarbaiter,* muchas veces provenientes de antiguas colonias que han ido adquiriendo la independencia (Argelia, India, Pakistán, etc..) y de Estados del sur de Europa, entre los cuales destaca España. Igualmente, algunos Estados europeos ponen las bases de la futura Comunidad Europea, grupo al que se irían añadiendo progresivamente otros Estados y que iniciará un lento proceso de integración de sus mercados". [424]

La normativa de extranjería fue modificada mediante Decreto 522/1974, de 14 de febrero, mediante el cual era regulado el régimen de entrada, permanencia y salida de los

[422] MOYA MALAPEIRA, D., "*Las medidas*…", op. cit., p. 61.
[423] El Fuero de los Españoles es una de las 8 Leyes Fundamentales dictadas durante el Franquismo, que establecía una serie de derechos, libertades y deberes de todo español
[424] MOYA MALAPEIRA, D., "*Las medidas*…", op. cit., pp. 62 y ss.

extranjeros en España[425]. Este decreto señalaba que eran extranjeros todos aquellos que no gozaran de la condición de españoles, de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurado sobre la materia (Fuero de los Españoles). Asimismo, requería a todo extranjero que quisiera entrar al territorio español, ya sea de tránsito o residencia, dar cumplimiento a lo dispuesto en los tratados, acuerdos o convenios internacionales en vigor suscritos por España. A pesar de ello, y debido a su origen, el sistema de control migratorio y las medidas de alejamiento recogidas en dicha norma siguieron caracterizándose por una discrecionalidad y ambigüedad que permitía casi cualquier actuación administrativa[426].

Tras la muerte de Franco y el nombramiento de Juan Carlos I como Jefe de Estado, comenzó el proceso de transición democrática[427], aprobándose una serie de leyes que permitieron avanzar en la materia, tales como la Ley Reguladora del Derecho de Reunión, de 29 de mayo de 1976; la Ley de Asociación Política, de 14 de junio del mismo año; la Ley de Asociación Sindical, de 1 de abril de 1977, y la Ley para la Reforma Política, que sirvió de marco jurídico para articular el proceso de transición a la democracia[428].

Comenzaba de esta manera el camino para la adopción de una nueva Constitución que pudiese introducir importantes reformas al sistema político y al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas; incluyendo además, en el ordenamiento jurídico español, una serie de disposiciones internacionales que garantizaran estos derechos.

De acuerdo con el espíritu transicional, el Congreso nombró una Comisión Constitucional encargada de redactar un proyecto de Constitución. Este proyecto fue aprobado por ambas Cámaras el 31 de marzo de 1978 y fue sometido a referéndum el 6 de diciembre del mismo año. Con el 87,78% de aprobación al nuevo texto nacía la "Constitución del consenso"[429], dejando atrás la dictadura franquista e iniciando una nueva etapa democrática en España.

---

[425] ESPAÑA. Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España. Boletín Oficial del Estado, 27 de febrero de 1974, número 50, 4 páginas.

[426] MOYA MALAPEIRA, D., "*Las medidas*…", op. cit., p. 64. la norma española entró en vigor en un momento en que se habían contraído los mercados mundiales como consecuencia de la crisis del petróleo de 1973 y los Estados europeos occidentales adoptaban modificaciones bastante restrictivas de las normativas migratorias para reducir la entrada de mano de obra extranjera, dando un giro en sus políticas migratorias.

[427] VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional*…", op. cit., p. 524.

[428] Este proyecto de ley, debatido en una larga sesión que dura los días 16, 17 y 18 de noviembre de 1976, se somete a referéndum.

[429] VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "*Historia constitucional*…", op. cit., p. 526 y ss.

II. Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española de 1978

1. La Constitución de 1978 y la regulación legal de las migraciones

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 rompe con el modelo de equiparación que se había mantenido durante el siglo XIX, introduciendo un sistema de titularidad selectivo o diferenciado en el Capítulo primero denominado "De los españoles y los extranjeros".

Esto quedó reflejado de manera expresa en el art. 13 de la Constitución Española:

> *1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.*
> *2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.*

Este régimen constitucional, establece un "marco normativo constitucional, que hace referencia a los elementos que componen la constitucionalización de los derechos del extranjero, o como algunos autores denominan "el Estatuto constitucional de los extranjeros en España"[430]. Estos elementos constitutivos comprenden la Constitución Española de 1978; los Tratados Internacionales relativos a la materia; la Ley Orgánica reguladora de los derechos de los extranjeros y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[431].

Ninguna de las constituciones, a lo largo de la historia constitucional de España, reguló de manera expresa en su texto la titularidad de derechos de las personas extranjeras. La Constitución de 1845 remitía a la ley la determinación de los derechos que deberían gozar los extranjeros que obtengan carta de naturaleza o hayan ganado vecindad. las cartas de 1869 y 1876 regulaban únicamente la posibilidad de que los extranjeros pudiesen ejercer

[430] El concepto "Estatuto constitucional del extranjero" es utilizado por la mayoría de los autores para referirse al bloque normativo que componen las leyes y derechos de rango constitucional y supraconstitucional del extranjero en un determinado Estado receptor.
[431] CRUZ VILLALON, Pedro. "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1992. Año 12. N.° 35, pp. 63 y 64.

alguna industria, profesión o cargo alguno. Por último, la Constitución de 1931 contempla el derecho a emigrar[432].

El texto actual del art. 13 CE no es el original. Su numeral 2 fue modificado en 1992, agregando la expresión "pasivo" al ejercicio de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales. Esta reforma tuvo como punto de partida la firma, por parte de España, del Tratado de la Unión Europea el 7 de febrero de 1992 (conocido como el Tratado de Maastricht) en cuyo artículo G.C se estableció la ciudadanía de la Unión, reconociendo en su artículo 8.B.1 *el derecho de todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional, el derecho a ser elector y elegido en las elecciones municipales del Estado miembro en que el resida en las mismas condicionales que los nacionales de dicho Estado*.

Sin embargo, esta norma europea entraba en contradicción con los dispuesto originalmente en el art. 13.2 CE; que resguardaba el derecho a voto únicamente a los españoles, salvo excepciones contempladas en los tratados internacionales o las leyes. Esto llevó a que el Gobierno requiriera al Tribunal Constitucional un pronunciamiento al respecto.

La Magistratura Constitucional, mediante su Declaración 1/199 de 1 de julio de 1992[433], concluyó que existía una "contradicción irreductible por la vía de la interpretación, entre el art. 8 B. apartado 1. del Tratado de la Comunidad Económica Europea. según quedaba el mismo redactado por el Tratado de la Unión Europea de una parte y el art. 13.2 de nuestra Constitución de otra; contradicción que afecta a la parte de aquel precepto que reconocería el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a un conjunto genérico de personas (los nacionales de otros países miembros de la Comunidad) que no tienen la condición de españoles. La única vía existente en derecho para superar tal antinomia y para ratificar o firmar aquel tratado es, así, la que ha previsto la Constitución

[432] La atención que la Constitución española vigente dedica a la situación de los extranjeros no es, sin embargo, extraña o inusual desde el punto de vista del Derecho Constitucional comparado, como tampoco son extrañas o inusuales, sino todo lo contrario, las posiciones materiales concretas que la Constitución ha adoptado al respecto. De hecho, se podría decir que la Constitución de 1978 ha seguido muy de cerca en materia de extranjería los dictados establecidos en la Constitución italiana de 1947 (artículos 10, 26 y 51) y la Portuguesa de 1976 (artículos 15 y 23).

[433] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Declaración 1/199, de 1 de julio de 1992. Boletín Oficial del Estado, 24 de junio de 1992, número 177, 06 páginas.

en su art. 95.1: la previa revisión de la norma fundamental en la parte de la misma que impone hoy la conclusión de esta declaración. Dicha reforma constitucional habrá de promover el obstáculo contenido en el art. 13.2 CE que impide extender a los no nacionales el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales (Fj. 6)[434]."

Para comprender el desarrollo de la titularidad de derechos de las personas extranjeras en España, resulta necesario hacer una breve referencia al desarrollo legal normativo de extranjería con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1978.

La primera ley que reguló los derechos y libertades de los extranjeros en España fue la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio. En su artículo 1.º consideraba "extranjeros", a los efectos de aplicación de la Ley, a quienes carezcan de la nacionalidad española. Se trataba de un concepto negativo y excluyente que indica la carencia de vínculos entre el Estado y una persona, equivalentes a la que poseen los españoles[435].

En su artículo 4.1. *establecía que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos.*

Sin embargo, esta ley les prohibía ser titulares de los derechos políticos (sufragio activo y pasivo) así como también los imposibilitaba de acceder a cargos públicos o a aquellos que impliquen autoridad. En el caso del derecho a voto en las elecciones municipales, era posible reconocer el derecho a voto de las personas extranjeras, atendiendo a los criterios de reciprocidad, los tratados o las leyes que al efecto así la reconocieran para los españoles.

---

[434] Las fuerzas políticas españolas optaron, de común acuerdo, por esta vía. El 7 de julio de 1992 todos los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados presentaron conjuntamente una Proposición de Reforma del artículo 13.2 de la Constitución consistente en intercalar en el texto la expresión "y pasivo" (Boletín Oficial de las Cortes Generales, número 147-1, de 9 de julio de 1992). Esta Proposición, siguiendo los trámites del artículo 167 de la Constitución, fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados de 22 de julio de 1992 y por el Pleno del Senado el día 30 del mismo mes. El Rey sancionó la reforma el 27 de agosto de 1992 y al día siguiente se publicó en el Boletín Oficial del Estado. Despejado el obstáculo constitucional, las Cortes Generales aprobaron la Ley Orgánica 10/1992, de 23 de diciembre, que autorizaba la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992. Al día siguiente se produjo dicha ratificación.

[435] AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. "Introducción: el marco general de los derechos de los migrantes". En: AJÁ, Eliseo (coord.) *Los derechos de los inmigrantes en España*. Valencia: Institut de Dret Públic de Barcelona/Tirant Lo Blanch, 2009, p. 14.

El derecho de reunión les era reconocido a los extranjeros siempre y cuando se hallasen legamente en el territorio español. Toda celebración, pública o privada, o manifestación solo era reconocida a aquellos que tuviesen la condición legal de residentes, solicitando, además, la autorización al órgano competente, el cual podía negárselos por razones de seguridad, orden público, salud, moral, intereses nacionales o porque podría resultar lesivo para los derechos y libertades de los españoles[436]. En un mismo sentido, les era reconocido el derecho de asociación. Sin embargo, en este último caso, el Consejo de Ministros podía acordar la suspensión de las actividades por las mismas circunstancias descritas en el caso del derecho de reunión[437].

También era reconocida la titularidad y ejercicio del derecho a la educación y libertad de enseñanza, atendiendo al principio de reciprocidad, así como el derecho de afiliación sindical y el derecho a huelga en igualdad de condiciones que los trabajadores españoles.

El derecho de libre circulación era reconocido a los extranjeros siempre y cuando estuviesen legalmente en el territorio español. Además, les era permitido elegir libremente su residencia de acuerdo con las limitaciones previstas por la ley y aquellas determinadas por razones de seguridad pública, las cuales eran dispuestas por el Ministerio del Interior, con carácter individual, y que solamente podían consistir en medidas de presentación periódica ante las autoridades competentes, de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente y de residencia obligatoria en un determinado lugar.

[436] Artículo séptimo. *Los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se hallen legalmente en territorio español. Para poder promover la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes y solicitar del órgano competente su autorización, el cual podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles*

[437] Artículo octavo.

1. Los extranjeros que se encuentren legalmente en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen.

2. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles.

3. La disolución de las asociaciones corresponderá acordarla, en su caso, a la Autoridad Judicial, por los trámites del juicio ordinario de menor cuantía. Asimismo, el Juez podrá acordar, como medida cautelar, la suspensión de las actividades de las mismas.

La LOE permitía un intenso control de la entrada de los inmigrantes, que debía ser siempre previa obtención del permiso de trabajo (y del visado) en el país de origen y establecía un régimen de sanciones con una gran discrecionalidad para los inmigrantes en situación irregular. Es decir, no estábamos frente a una ley sobre derechos y libertades sino sobre el control de entrada y residencia de los extranjeros y las condiciones de expulsión, es decir el control del flujo migratorio.[438] Esta ley estableció un sistema legal muy duro fundamentado en una radical distinción entre el extranjero en situación legal (regular) de aquel que se encontraba en situación irregular, el cual estaba destinado a la expulsión[439].

Posteriormente, en 1986, mediante el Real Decreto 1.119/1986, fue aprobado el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica de Extranjería (RELOE). Este reglamento reproducía los defectos contenidos en la ley, introduciendo el control policial de documentación personal: vulnerando así, entre otras cosas, el principio de seguridad jurídica al no desarrollar la graduación de la infracciones y sanciones.[440] En 1996, el Real Decreto 155/1996 sustituyó este reglamento por uno nuevo, que subsanaba estas deficiencias pero que resultaba contraria a la LOE en algunas de sus medidas[441].

En 1991, España realizó un proceso de regularización migratoria que permitió ver el volumen exacto de la migración en el país. Este proceso, como indica el profesor Eliseo Aja[442]:

> "Abrió una nueva fase en la percepción de la migración ya que por primera vez el origen de la inmigración más importante no era el latinoamericano sino el marroquí. Por eso esta fecha puede ser el punto de arranque para resumir los problemas reales en el ámbito de la inmigración en la actualidad ya que no se trata de realizar un estudio sociológico sino un apunte sobre los aspectos más polémicos que trata de resolver la nueva ley."

[438] AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (coord.) *La nueva regulación de la inmigración en España*. Valencia: Institut de Dret Públic de Barcelona/Tiran Lo Blanch, 2000, p. 21.
[439] Ibidem, p. 22.
[440] Ibid., p. 23.
[441] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., p. 128.
[442] AJA FERNÁNDEZ, E., "*La nueva regulación…*", op. cit., p. 28.

La ley de extranjería de 1985 fue derogada el 11 de enero de 2000 con la promulgación de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE). Esta nueva normativa significaba un avance en el reconocimiento de algunos derechos a los no nacionales, Por un lado, desarrolla los derechos fundamentales que nacen del texto constitucional que, de acuerdo con el art. 81 CE, han de ser mediante Ley Orgánica; y por otro lado, establece las medidas que pretenden facilitar la integración de los extranjeros y les confiere determinados derechos de carácter social que no son derechos fundamentales, sino derechos subjetivos de origen legal que el legislador es libre de extender o no a los extranjeros y que, por tanto, no han de ser aprobados con valor de Ley Orgánica[443].

En opinión de la profesora María Camino Vidal Fueyo[444]:

> "Esta diferencia es un punto de partida básico para abordar cualquier comentario en torno a la ley de extranjería, pues no siempre se distingue entre aquellos derechos cuya extensión a favor de los no nacionales pertenece al ámbito de la decisión del legislador, pudiendo cambiar las mayorías parlamentarias y, con ellas, los derechos y aquellos otros que nacen directamente de la Constitución en favor de los extranjeros y que son, por definición, indisponibles para el legislador".

La nueva ley está orientada a la integración social de los extranjeros como principio fundamental. Esto queda de manifiesto en la creación de un estatuto de derechos para los extranjeros en situación regular, atendiendo a la igualdad de derechos entre residentes legales y los nacionales. Además, crea un estatuto para los extranjeros que se encuentren en situación administrativa irregular pero relativamente estable en España, configurando un mínimo de derechos que les permita un desarrollo normal de su vida, sin perjuicio de las consecuencias derivadas de su irregularidad. La irregularidad ya no es resuelta por la vía de la expulsión, sino por la creación de mecanismos y vías legales que eviten el tráfico ilegal de migrantes. El cambio de la expulsión por la regularización, como mecanismo de

[443] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit. p. 132.
[444] Ibidem, p. 133.

tratamiento de la irregularidad sobrevenida, se constituye así como "la columna vertebral de los permisos de residencia y trabajo y de las infracciones y sanciones"[445].

En el mismo año, mediante la Ley 8/2000 de 22 de diciembre, fue modificada parcialmente la LODYLE. La necesidad de modificar la normativa un par de meses después de su publicación era justificada, ya que se había detectado, durante su periodo de vigencia, algunas problemáticas en cuanto a su aplicación, así como la necesidad de adaptar la legislación española a las conclusiones de los jefes de Estado y de gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea en la cumbre de Tampere el 16 y 17 de octubre de 1999[446]. El empeño por reformar la ley fue el resultado de una decisión política unilateral del gobierno, justificada mediante dos argumentos: reducir el "efecto llamado", provocado por los beneficios para los extranjeros recogidos en la ley, y las orientaciones de la Unión Europea.

La Ley 8/2000 suspende el mecanismo de regularización automática, elimina las motivaciones en las denegaciones de visado, recorta los derechos de los inmigrantes indocumentados ―incluyendo los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga―, y modifica el régimen disciplinario para poder internar y expulsar a extranjeros sin permiso de residencia. El acceso al mercado de trabajo continúa con el sistema de cupos o contingentes anuales y sigue vigente la cláusula de prioridad nacional.

En el marco de la nueva Ley de Extranjería 8/2000 fue creado el Consejo Superior de Política de Inmigración, con la finalidad de coordinar las actuaciones de las administraciones públicas, con competencias en la política de integración de los inmigrantes y compuesto por representantes de la administración central (17 vocales) y de las administraciones autonómicas y locales (10 vocales)[447].

Tras la aprobación del reglamento de aplicación de la Ley Orgánica 8/ 2000 mediante Real Decreto 864/2001; el Tribunal Supremo, el 20 de marzo de 2003, dictó sentencia

[445] Ibidem, p. 51
[446] El Consejo Europeo celebró una sesión especial en Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Uno de los hitos de esta cumbre fue el desarrollo de una política común europea de asilo e inmigración.
[447] RELAÑO PASTOR, Eugenio. "Los continuos cambios de la política de inmigración en España", en *Migraciones internacionales*. 2004. Vol. 2, n.° 3, p. 114.

confirmando la ilegalidad de 13 apartados del reglamento[448]. La sentencia recuerda al gobierno que, en virtud del principio de legalidad, no deben ni excederse ni limitarse las leyes elaboradas por el Parlamento, y el reglamento en cuestión excede a la propia norma: signo preocupante de "una fuerte improvisación en la elaboración de la Ley de Extranjería"[449]. La sentencia viene a corregir tres aspectos esenciales del reglamento: las limitaciones introducidas en relación con la reagrupación familiar de los ciudadanos extranjeros; el derecho a la libre circulación y la abusiva regulación de las relaciones entre la administración y los administrados extranjeros.

Dos meses después del fallo de la sentencia, el gobierno impulsó un Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, con la finalidad de adaptar el reglamento impugnado. Esta acción sorprendió a los juristas, dado que lo habitual en estos casos es modificar la norma impugnada.

Como señalan algunos autores, "en sólo tres años nos hemos enfrentado a tres procesos de reforma de la Ley de Extranjería, lo que ha puesto en evidencia una política errática y/o imperfecta del gobierno, así como la urgencia y la premura que ha caracterizado a cada uno de los procesos de reforma y que ha situado el fenómeno de la inmigración en el terreno de los cálculos partidistas e instrumentales, dejando de lado el consenso y el debate necesarios. La política de inmigración es una cuestión de suficiente entelequia como para ser diseñada de un modo pausado, planificado, consensuado y abierto a la participación de todos los agentes sociales implicados, además de que debe tener la necesaria continuidad que requiere cualquier legislación en aras del principio de seguridad jurídica"[450].

Nuevamente la normativa fue modificada mediante la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La presente Ley Orgánica tiene un único artículo, recogiéndose en el mismo todas las modificaciones que se

[448] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), de 20 de marzo de 2003. (Recurso o 488/2001). Sentencia por la que se anulan diversos preceptos del Reglamento de Ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.
[449] RELAÑO PASTOR, E., op. cit., p. 123.
[450] Ibidem, p. 137.

introducen en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, tanto en el articulado como en sus disposiciones adicionales. Además, la Ley tiene varias disposiciones finales y una única disposición derogatoria.

Desde la perspectiva de la titularidad y ejercicio de derechos de las personas extranjeras, esta ley establece dos criterios interpretativos. El primero, de carácter general, en el cual es entendido que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce la Ley en condiciones de igualdad con los españoles (art. 3.1 LOEX) y el segundo, donde se establece que *las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegar la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas* (art. 3.2 LOEX).

En cuanto a derechos específicos que reconoce la LODYLE, esta sección solo dedicará una breve referencia a ellos, ya que se analizarán más adelante desde una perspectiva constitucional.

El art. 5.1 de la LODYLE establece la titularidad del derecho a la libertad de circulación dentro del territorio español, así como la libre elección de su residencia, estableciendo como limitación a la titularidad: aquellas establecidas con carácter general por los tratados y las leyes y las acordadas por la autoridad judicial cuando se trate de medidas cautelares dentro de un proceso penal o de extradición, en calidad de imputado, victima, testigo, o que esté establecido en una sentencia firme.
El ejercicio de este derecho encuentra limitaciones específicas tanto para españoles como para extranjeros cuando el territorio español se encuentra en un estado de excepción o sitio[451].

[451] El Título I de la Constitución Española, establece en su Capítulo Quinto "De la suspensión de los derechos y libertades", art. 55:
1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.
2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los

Además, y de manera excepcional, este derecho puede ser limitado por motivos de seguridad pública, de forma individualizada, por resolución del ministro del Interior. Esto será posible siempre que la medida sea motivada y proporcionada dentro de las circunstancias del caso, respetando las garantías del procedimiento sancionador establecido en la ley. Estas medidas tienen una temporalidad proporcional a la existencia de las circunstancias que justificaron su adopción. El mismo art. 5.2 LODYLE señala como ejemplo la presentación periódica ante las autoridades competentes, alejamiento de fronteras o de núcleos de población concretos.

Llama la atención que la Ley no haga referencia al derecho de entrada y salida de España. Esta exclusión, como bien señala el profesor Francisco Javier Donaire, seria coherente con lo señalado en la STC 72/2005 de 4 de abril[452], que establece que *él derecho a entrar en España, con el carácter de fundamental, sólo corresponde a los españoles y no a los extranjeros* (Fj. 7-8)[453].

Resulta curiosa la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional ya que, utilizando el canon interpretativo del art. 10.2 CE, establece que los art. 13 DUCH y los art. 12 y 13 PIDCP reconocen el derecho a entrar en un país solo a los nacionales de este. Sin embargo, quien esté de hecho en España puede solicitar la protección de los órganos

artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.
La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

[452] Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005 (Sala Primera), de 4 de abril de 2005 (Recurso de amparo 5291-2001). Los hechos que originaron el pronunciamiento del Tribunal Constitucional tienen su fundamento en la presentación de un recurso de amparo presentado en favor de un ciudadano marroquí que pretendió entrar en España por el puerto de Almería, portando su pasaporte y permiso de trabajo y residencia; sin embargo, señaló no haber estado nunca en España y que dicha documentación fue gestionada por un familiar por lo que se le denegó la entrada en territorio español. "*El extranjero que -como el ahora recurrente en amparo- no ha estado nunca en España, no puede invocar la libertad de residencia, el derecho a elegir el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente en el territorio español, para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito definido por el tipo de un derecho distinto: el de entrar en el territorio nacional. Para ese extranjero la circunstancia de encontrarse ya en España constituye un presupuesto lógico y, en este caso, también cronológico, para que pueda entrar en juego la libertad de residencia en el territorio nacional. Mientras no se haya entrado en España no es posible ejercer el derecho a elegir en ella el lugar de residencia ni, por tanto, cabe aceptar que los eventuales impedimentos u obstáculos del poder público a las pretensiones del extranjero constituyan vulneraciones de la libertad de residencia garantizada por el art. 19 CE*."

[453] DONAIRE VILLA, Francisco Javier. "Capítulo II. Derechos y Libertades de los extranjeros". En: BOZA MARTINEZ, Diego, DONAIRE VILLA, Francisco Javier y MOYA MALAPEIRA, David (coords.). *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 93.

jurisdiccionales españoles, de acuerdo con las exigencias del art. 24 CE, que consagra la tutela judicial efectiva: derecho del cual sí son titulares las personas extranjeras[454].

Respecto al derecho de participación pública, el art. 6.1 de la LODYLE reconoce la titularidad del derecho de sufragio en las elecciones municipales solo a los extranjeros residentes en España. Además, aquellos extranjeros residentes empadronados en un municipio tienen todos los derechos en la legislación de bases del régimen local, incluido el ser escuchados en aquellos asuntos que les afecten.

La reforma introducida por la LO 9/2009 eliminó la exigencia legal de la reciprocidad en los casos del reconocimiento al derecho a votar en las elecciones municipales, aun cuando el art. 13.2 de la CE remite la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE a criterios de reciprocidad. Sin embargo, el precepto legal sigue remitiendo a la ley a los tratados internacionales, ya sea respecto a la titularidad como a las condiciones de ejercicio del derecho[455].

En materia de las libertades de reunión y de manifestación, de asociación, de sindicación y de derecho a huelga, la LODYLE reconoce a los extranjeros la titularidad y ejercicio en las mismas condiciones que los españoles en sus artículos 7.1, 8, 11.1 y 11.2. Como bien se desprende, no existe limitación alguna para el ejercicio de estos derechos por parte de aquellos extranjeros que estén en situación administrativa irregular.

En el ámbito de los derechos sociales, existen algunas limitaciones para los extranjeros atendiendo a varios factores. El derecho a la educación (y también su deber), está reconocido para los extranjeros menores de 16 años, el cual incluye la enseñanza básica gratuita y obligatoria, así como la enseñanza posobligatoria. Esto comprende también el derecho a obtener su titulación, el acceso a becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles (art. 9.1 LODYLE). Los extranjeros mayores de 18 años que se encuentren

[454] Ídem.
[455] DONAIRE, op. cit., p. 98. La supresión del requisito de la reciprocidad probablemente persiga facilitar una eventual revisión del precepto constitucional en tal sentido, si bien en lo relacionado con la participación política están registrándose ya algunos desarrollos de la mano del Tratado de la Unión Europea, de la Directiva 94/1996/CE y los artículos 172 y 173 LOREG (para los ciudadanos comunitarios) y de estos mismos preceptos de la LOREG y los acuerdos de reconocimiento del derecho de sufragio hasta la fecha suscritos con Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Paraguay y Trinidad y Tobago.

en España tienen derecho a la educación, de acuerdo con lo estipulado en la legislación educativa, pudiendo acceder a las demás etapas posobligatorias, obtención de títulos y sistema de becas en las mismas condiciones que los españoles (art. 9.2 LODYLE).

En el caso del derecho a la asistencia sanitaria, el art. 12 LODYLE lo establece en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria[456]. Finalmente, en relación con los derechos vinculados en materia de vivienda, el art. 13 LODYLE reconoce solo a los extranjeros residentes el derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas, de acuerdo con la ley y a las competencias autónomas. En el caso específico de los extranjeros residentes de larga duración, el derecho a estas ayudas es reconocido en las mismas condiciones que los españoles.

Esta última distinción supone negar la igualdad respecto a los extranjeros residentes que no sean de larga duración; así como establecer también una diferencia en el trato dentro del mismo colectivo de extranjeros, en función de la mayor o menor duración de su situación administrativa de regularidad. "Los extranjeros residentes que no sean de larga duración solo se benefician de un reconocimiento nominal, limitado a poder presentar las solicitudes de ayudas, pero no a disponer de dichas ayudas si los fondos se agotan con su concesión a españoles y extranjeros residentes de larga duración"[457].

Respecto a la seguridad social y a los servicios sociales, la LODYLE reconoce en su art. 14.1. el derecho de acceder a las prestaciones y servicios en las mismas condiciones que los españoles. Sin embargo, en el mismo artículo, numeral 3, establece una cláusula general de acceso a los servicios y prestaciones sociales básicas a cualquier extranjero, independiente de su condición de extranjero. Si bien la Ley no señala que se entiende por "prestaciones sociales básicas" la doctrina ha entendido que se trata de las prestaciones básicas no contributivas de la Seguridad Social, toda vez que estas están establecidas en el art. 10.1. LODYLE que señala que *los extranjeros que reúnen los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.*

[456] Ídem.
[457] Ibidem, p. 123.

La Ley, en su Capítulo II orientado a la reagrupación familiar, consagra el derecho a la vida familiar y a la intimidad familiar solo a los extranjeros residentes en España (art. 16 LODYLE). Además, sólo puede reagrupar a algunos familiares que el art. 17 LODYLE establece.

Vinculados a las garantías jurídicas, la LODYLE consagra en su Capítulo III los derechos respecto de los cuales los extranjeros son titulares y las condiciones de su ejercicio. Así, es reconocida la titularidad en el caso de la tutela judicial efectiva (art. 20); el derecho de recurrir a los actos y resoluciones administrativas (art. 21); el derecho a la asistencia jurídica gratuita respecto de aquellos extranjeros que se hallen en España en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles (art. 22.1) y el derecho a la asistencia de un intérprete si no comprenden o no hablan la lengua oficial utilizada en los procedimientos administrativos vinculados a su denegación, entrada, devolución o expulso del territorio español, em procedimientos de protección internacional (art. 22.2).

Por último, existe un tratamiento específico de derechos cuya titularidad y ejercicio se encuentra restringida. Nos referimos a aquellas personas extranjeras privadas de libertad en centros de internamiento de extranjeros, en espera a la disposición de una sanción, incoado en un procedimiento administrativo sancionador iniciado en su contra.

Los centros de internamiento de extranjeros (conocidos como CIES), como bien señala la ley, *son establecimientos públicos de carácter no penitenciario: el ingreso y estancia en los mismos tendrá como única finalidad preventiva y cautelas, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las* establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada (art. 62.1 bis LODYLE)

Como es posible desprender de su definición, la persona extranjera es privada de su derecho a la libertad y libre circulación dentro del territorio español no como respuesta a una sanción penal, sino por incumplimiento de la normativa de extranjería.

Aun cuando la ley reconoce una serie de derechos al extranjero sometido a internamiento, esos son, básicamente, los mismos derechos que se les reconoce a las personas privadas de libertad por haber cometido un delito o crimen[458].

2. Titularidad y ejercicio de derechos fundamentales en el sistema constitucional español

2.1. El modelo de titularidad de derechos en la Constitución española de 1978

El modelo de titularidad de derechos en la Constitución española de 1978 está establecido, a grandes rasgos, considerando a las personas humanas como titulares de derechos, utilizando además del vocablo "personas" los conceptos de "ciudadanos," "españoles" o "extranjeros" para referirse a los sujetos titulares de derechos. Sin embargo, esta titularidad no se encuentra consagrada de manera genérica para "todas las personas", sino que existe una diferenciación entre españoles y extranjeros: solo los primeros gozarán de todos los derechos establecidos en la CE[459].

---

[458] Derechos reconocidos a los extranjeros:
a) A ser informado de su situación.
b) A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.
c) A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.
d) A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro.
e) A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional.
f) A ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.
g) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.
h) A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.
i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.
j) A entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes.

[459] Si bien la CE establece una cláusula general de igualdad en su art. 14 "los españoles son iguales ante la ley (…)" esta se circunscribe (en una primera lectura) solo a los no nacionales, excluyendo del principio de igualdad a los extranjeros. Como veremos más adelante, durante el desarrollo de esta investigación, una lectura armónica de la CE con la dignidad de la persona humana (art. 10.2) y su remisión a los textos internacionales que predican una igualdad universal a todos los seres humanos, en conjunto con la interpretación ampliada que realiza el TC del art. 14 CE a través de su jurisprudencia, ha señalado este precepto resulta insuficiente para justificar la desigualdad de los extranjeros en España. RUIZ DE HUIDOBRO, José María. "El principio de equiparación entre nacionales y extranjeros en el derecho

En materia de derechos fundamentales, la CE no establece un principio de necesaria equiparación entre extranjeros y nacionales, pero tampoco permite que la ley condicione libremente el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros. Reconoce, "un principio de equiparación limitada que toma como punto de partida la dignidad de la persona del artículo 10.1 CE y el reconocimiento internacional de los derechos humanos (artículo 10.2 CE) y el hecho que, de acuerdo con el artículo 13 CE, todos los derechos constitucionales (menos el derecho a sufragio activo y pasivo, a excepción de las elecciones locales), son también derechos de las personas extranjeras"[460].

El ejercicio de los derechos fundamentales supone un acto de disposición del titular de esos derechos. A diferencia de la titularidad de derechos, el ejercicio de un derecho puede ser renunciable por parte del sujeto titular de ese derecho. Los casos de renuncia de un derecho siempre son revocables por la decisión directa del mismo sujeto que, en cualquier momento, puede recuperar la totalidad del derecho, sin perjuicio que, en los casos que corresponda, tenga la obligación de reparar los daños que puedan haber producido el hecho de haber revocado esa renuncia[461].

En relación a las personas extranjeras, el Tribunal Constitucional español, con anterioridad al año 2007, analizó la titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros desde la óptica del art. 13.1 CE, partiendo de una interpretación amplia de la expresión "libertades públicas", elaborando la clásica y conocida teoría tripartida de los derechos (derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros; derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y derechos que pertenecerán o no a españoles y extranjeros según lo determinen los tratados y las leyes)[462].

Sin embargo, a partir del año 2007, mediante la sentencia 236/2007[463], esta interpretación de los derechos de las personas extranjeras se ve modificada al introducir un grado de

español", en *ICADE Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas Empresariales*. 2006. N.° 69, p. 70.

[460] APARICIO WILHELMI, Marco. "Presupuestos teóricos, dogmática jurídica e interpretación constitucional de los derechos de las personas extranjeras en España", en *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 2012. Año 10, n.° 37, p. 193.

[461] APARICIO PÉREZ, M., op. cit., p. 565.

[462] VIDAL FUEYO, María del Camino. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2009. N.° 85, p. 357.

[463] Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007 (Pleno), de 7 de noviembre de 2007 (Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001). Este fallo es conocido en la doctrina como una "sentencia

conexión mayor con la dignidad humana, para configurar la titularidad de derechos fundamentales de los extranjeros. Cabe destacar que, en la jurisprudencia de los años 80, se vinculaba la titularidad de derechos de los extranjeros respecto a aquellos derechos que pertenecen tanto a los españoles como a los extranjeros, ya que se encontraba vinculada directamente con la dignidad humana.

Es decir, no es que haya derechos que no estén vinculados a la dignidad humana, sino que todos los derechos lo están, pero en grados de conexión diferente y supuestamente identificables. Este vínculo se debe deducir identificando el núcleo esencial del derecho, buscando la conexión con la dignidad que él reconozca en los tratados internacionales[464].

El Tribunal Constitucional utiliza el criterio de conexión con la garantía de la dignidad para definir qué derechos deben ser aplicados de manera idéntica a españoles y extranjeros, pero incluyendo un juicio adicional: este es el nivel de conexión y los grados de dependencia entre ellos, en atención a su dignidad, utilizando para ello la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los instrumentos internacionales ratificados por España en la materia.

Este fallo introduce varios criterios nuevos al momento de la configuración de titularidad de derechos de los extranjeros. En primer lugar, establece que los derechos relacionados con la garantía de la dignidad humana deben determinar aquellos derechos que deben ser aplicados de manera idéntica a españoles y extranjeros, considerando un juicio adicional: el nivel de conexión y dependencia entre ellos. En segundo lugar, esta determinación de derechos debe atender a la dignidad humana, utilizando como referencia la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los instrumentos internacionales ratificados por España en la materia. En tercer lugar, el TC considera la existencia de derechos que, por su propia naturaleza, son incompatibles con situaciones de irregularidad, es decir, podrían existir derechos cuya eficacia esté sujeta a condiciones administrativas, aunque no se especifica cuáles derechos podrían ser condicionados. [465]

reconceptualizadora" es decir, una sentencia que revisa toda la línea de jurisprudencia e introduce nuevas interpretaciones que, en su criterio, explican mejor lo que se ha dicho.

[464] VIANA GARCÉS, Andrée. "De cómo hacer el quite a la igualdad. Jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de las personas extranjeras". En: APARICIO WILHELMI, Marco (edit) *Contracorrientes: apuntes sobre igualdad, diferencia y derechos*. Girona: Editorial Documenta Universitaria, 2011, p. 131.

[465] Ibidem, pp. 132 a 135.

Esto queda de manifiesto en el Fj. 2 del fallo al señalar que:

> "*Se plantea así por primera vez ante este Tribunal la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Este dato ha de resultar decisivo para el enjuiciamiento que debemos efectuar, ya que, si bien la Constitución no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad de su estancia o residencia en España, sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia para configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere preceptos o principios constitucionales."*

El Tribunal Constitucional ratifica el elemento central de su aproximación al art. 13.1 CE: el legislador podrá afectar en mayor o menor medida el modo en que los extranjeros ejercen sus derechos constitucionales en función de la relación que cada derecho tenga con el principio de dignidad[466].

Sin embargo, el Tribunal advierte que "la libertad del legislador se ve a sí mismo restringida por cuanto a las condiciones de ejercicio que establezca respecto a los derechos y libertades de los extranjeros en España. solo serán constitucionalmente válidas si respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida"[467].

Como señala Andrée Viana:

> "Resulta posible sostener que, aunque explícitamente el Tribunal Constitucional mantiene la discusión en términos de titularidad y ejercicio, continúa clasificando derechos, y sigue intentando despejar la pregunta acerca de si las condiciones para el ejercicio un derecho impide o sólo limitan su ejercicio, abre la puerta para que,

[466] APARICIO WILHEIM, M., "*Presupuestos*…", op. cit., p. 200.
[467] VIANA GARCÉS, Andrée. "De cómo hacer el quite a la igualdad. Jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de las personas extranjeras". En: APARICIO WILHELMI, Marco (edit.) *Contracorrientes: apuntes sobre igualdad, diferencia y derechos*. Girona: Editorial Documenta Universitaria, 2011, p. 142.

en el futuro, se estudien los límites del desarrollo legal de los derechos constitucionales más allá de su contenido esencial"[468].

Para la profesora Vidal Fueyo, "el Tribunal Constitucional aún no ha llevado a cabo una interpretación cerrada del régimen de derechos fundamentales de los extranjeros en España, ni ha creado un cuerpo de sentencias que respondan a un mismo esquema metodológico, aunque sí podemos encontrar una serie de elementos comunes entre todas ellas, elementos que vuelven a proyectarse sobre los recientes pronunciamientos de finales del 2007"[469].

Autores como Eduardo Roig plantean que "la discusión no se centra en la distinción entre artículos constitucionales y la creación de listas derechos, sino más bien de examinar cada una de las limitaciones impuestas desde la comprensión general de todo derecho como derecho del que los extranjeros son titulares y cuyo ejercicio les corresponde en principio"[470].

No se trata de rediseñar el régimen constitucional de la extranjería sino de adecuar su marco teórico a la realidad de las sentencias constitucionales y a la jurisprudencia (en este caso) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, flexibilizando al máximo las posibilidades de dar respuesta con criterios reales a las cuestiones prácticas que se plantean en la actualidad que no está normalmente entre las distinciones entre nacionales/ extranjeros sino entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular[471]

[468] Ídem.
[469] VIDAL FUEYO, María del Camino. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2009. No. 85, pp. 353-379. En un mismo sentido, VIANA GARCÉS, Andrée. "De cómo hacer el quite a la igualdad. Jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de las personas extranjeras". En: APARICIO WILHELMI, Marco (edit.) *Contracorrientes: apuntes sobre igualdad, diferencia y derechos*. Girona: Editorial Documenta Universitaria, 2011; IBAÑEZ MACÍAS, Antonio. "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española. Una interpretación lógico -sistemática", en *Revista Vasca de Administración Pública*. 2019. No. 114, pp. 170- 160.
[470] ROIG, E., op. cit., p. 605.
[471] Ibidem, p. 607.

2.2. La titularidad y ejercicio de los derechos a la luz del derecho internacional

2.2.1. El derecho internacional como norma directamente aplicable

Al igual que en el modelo chileno, lo relevante para comprender el papel que juega el derecho internacional en materia de titularidad de derechos de los extranjeros es determinar, previamente, el lugar de los tratados internacionales en el sistema de fuentes y la incorporación del derecho internacional en el derecho interno.

El art. 96. 1 de la CE señala que:

> *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*.

Como vemos, la publicación del tratado es un requisito *sine qua non* para la integración de este en el orden interno[472]. Desde otro punto de vista, el tratado es una fuente indirecta del derecho interno mientras no sea publicado, por lo que la publicación es la forma en que se aporta la recepción del derecho internacional al derecho interno. El tratado válido, una vez publicado, crea obligaciones para el Estado y derechos para los particulares. Este efecto, denominado "aplicación directa del tratado", no requiere de una norma que lo desarrolle, pero sus efectos solo se producirán una vez publicado en el BOE[473].

[472] El Consejo de Estado en su dictamen N.° 38.900, de 4 de abril de 1974, mantuvo la idea de que la publicación se adaptaba al sistema de la recepción automática, al interpretar la referencia (de ley de bases), a la introducción de la norma internacional en el ordenamiento interno como un requisito formal constitutivo, de modo que la publicación operaria en nuestro sistema jurídico se considera como condición esencial para la integración de esta norma internacional en el orden interno. Véase SERRANO ALBERCA, José Manuel. "Sinopsis del artículo 96 de la Constitución Española", en Congreso de los Diputados [en línea]. 2003. [Fecha de la consulta: 15 de julio de 2023]. Disponible en https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=96&tipo=2

[473] SERRANO ALBERCA, José Manuel. "Sinopsis Art. 96 CE". En: GARRIDO FALLA, Fernando (et. al) *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 1499-1508; SAENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés. "Art. 96". En: RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (et.al) *Comentarios a la Constitución española. Vol. II, Tomo II*. Madrid: Ministerio de Justicia, BOE, 2018, pp. 355-373.

Sin embargo, la Constitución española, en esta materia, distingue tres tipos de tratados diferentes en atención a su procedimiento de elaboración y contenido[474]. En primer lugar, respecto a aquellos tratados en que el Estado deba ceder parte de sus competencias legislativas, ejecutivas y judiciales a favor del organismo internacional, el art. 93 CE, señala que *mediante Ley Orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por lo que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.*

En segundo lugar, se encuentran aquellos tratados que requieren autorización previa de las Cortes Generales mediante un acuerdo, en aquellos casos en que el contenido del tratado sea de carácter político, corresponda a convenios de carácter militar o que afecten la integridad territorial o los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I; que impliquen obligaciones financieras para la hacienda pública o supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94.1 CE).

Por último, el tercer tipo de tratados hace alusión a aquellos que no están comprendidos en las hipótesis anteriores. La competencia para celebrar estos tratados corresponde al gobierno, el cual que informará su conclusión al Congreso y Senado de acuerdo con lo estipulado en el art. 94.2 CE[475].

Respecto a la posición jerárquica de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español, De Otto señala la existencia de una posición subordinada del tratado a la Constitución, tomando como referencia lo establecido en el art. 95.1 CE, al señalar que "la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional"[476].

En otras palabras, la CE contempla un control previo de constitucionalidad de los tratados, donde el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que este declare si existe o no contradicción alguna entre el contenido del tratado y

[474] DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel Derecho, 1993, p. 123.
[475] DE OTTO, I., op. cit., p. 124.
[476] Ídem.

la carta fundamental española (art. 95.2 CE). Otra de las atribuciones del Tribunal Constitucional, en materia de tratados internacionales, es poder declarar como inconstitucionales aquellos tratados que ya se encuentran en vigor (art. 27.2 LOTC)[477]. De esta manera, el TC protege y garantiza la supremacía de la Constitución española.

La problemática reside en la incorporación del tratado internacional en el derecho interno, en este caso, en el plano legislativo, en la relación del tratado con la ley. Para entender esta situación, primero hay que comprender que los tratados, que no estén en alguna de las distinciones antes señaladas, son equiparados a la ley en lo que se refiere al control de constitucionalidad (art. 161.1 CE)

La fuerza activa propia de la ley (capacidad de derogar o modificar otra norma, incluida las leyes), como bien señala De Otto, "no se da cuando el tratado ha sido aprobado con ley orgánica o con autorización de las Cortes (…) Por el contrario, todos los tratados sin excepción tienen una peculiar resistencia frente a las leyes que, tras regular la incorporación de los tratados de ordenamientos, establece que sus medidas sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas del derecho internacional (art. 96.2)"[478].

Esto último permite comprender que los tratados no pueden ser derogados por las leyes internas y que, en caso de que exista una contradicción entre un tratado y una ley, debe prevalecer el tratado. Esta resistencia de los tratados frente a la ley ha llevado a reforzar la tesis que postula que ocupan una posición superior a las leyes, pero inferior a la Constitución. Sin embargo, la inderogabilidad del tratado no supone un rango jerárquico superior al de la ley, sino que permite, de acuerdo a parte de la doctrina, "comprender una relación *sui generis* no reducible al concepto de jerarquía (…) para contraer obligaciones internacionales contrarias a la Constitución o a la ley se exige la reforma de aquella (art. 95 CE) o la autorización del legislador (art. 94.1 CE), requisitos sin los cuales solo cabe obligarse en la medida en que con ellos no se vulnere la legalidad (art. 94.2 CE)"[479].

[477] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. "Declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales del Tribunal Constitucional de España", en Tribunal Constitucional [en línea]. 2016. [Fecha de la consulta: 27 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/09-Declaracion-sobre-la-constitucionalidad-de-los-Tratados-Internacionales.aspx
[478] Ibidem, p. 125.
[479] Ídem.

La diferencia entre ambos preceptos es que el art. 96.1 CE se refiere a todos los tratados internacionales, regulando las condiciones para su incorporación en el ordenamiento jurídico español y otorgándoles una especial fuerza pasiva plasmada en la resistencia a su derogación, donde el único requisito exigido para la recepción de los tratados internacionales en el derecho interno consiste en su publicación, de acuerdo con los requisitos formales establecidos en la legislación nacional. Una vez incorporados estos instrumentos internacionales al orden interno, se convierten en algo intocable para los poderes públicos estatales, adquiriendo en este sentido un estatus en cierto modo "supralegal".

Por su parte, el art. 10.2 CE se presenta como una cláusula constitucional "específica" que afecta exclusivamente a un grupo de tratados, esto es, a aquellos que reconocen derechos fundamentales y que amplían los efectos comunes que, de acuerdo con el art. 96.1 CE, despliegan en nuestro orden jurídico cualquier tratado con otros efectos "especiales".

El artículo 10. 2 CE otorga, por tanto, una "nueva y distinta eficacia" a los instrumentos internacionales que versan sobre los derechos, respecto de los demás tratados que forman parte del ordenamiento jurídico español. Esta eficacia consiste en la operatividad de los tratados internacionales de derechos humanos como canon de interpretación de los derechos y libertades incluidos en la Constitución española[480].

Como señala Itziar Gómez, "la referencia al art. 10.2 CE es obligada cuando hablamos de 'apertura organizada' de los textos constitucionales al derecho internacional de los derechos humanos"[481]. Al hablar de "apertura organizada", la autora se refiere a la existencia de un instrumento hermenéutico impuesto por el poder constituyente de manera expresa en la Constitución para el intérprete de esta, es decir, para el Tribunal Constitucional. Esta norma se transforma, además, en una garantía de elevación de los estándares de protección de los derechos humanos.

[480] CUENCA GÓMEZ, Patricia. "La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: la interpretación del art. 10.2 CE", en *Revista de Estudios Jurídicos*. 2012, N.° 12, p. 2.
[481] GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. "El recurso al art. 10.2 CE como paradigma de los dos tribunales", en *Revista Internacional Consinter De Direito*. 2017. N.° 5, p. 419.

Continua la autora, señalando que "en los últimos lustros, el Tribunal Constitucional ha desarrollado a través de su jurisprudencia dos visiones distintas de este precepto. Por una parte, en una visión más restrictiva, el art. 10.2 CE serviría al intérprete para cerrar la definición del derecho fundamental en unos términos que supone rebajar del estándar de protección previo o que puedan suponer la selección de la doctrina internacional menos favorable a la consideración expansiva del derecho. Por otro lado, en una visión más amplia, este precepto puede ser considerado como base mínima a partir del cual el Tribunal Constitucional puede elevar el estándar de protección de los derechos fundamentales"[482].

Esto es de suma importancia, toda vez que la aplicación de uno u otro criterio determinará la línea jurisprudencial para integrar los estándares internacionales de garantía de derechos humanos.

2.2.2. El derecho internacional como canon interpretativo

El apartado 1 del art. 10 establece como fundamentos del orden político y de la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Con esto en consideración, es posible afirmar que una lectura obligada de ambos numerales en su conjunto expresa, en su totalidad, la recepción constitucional de los valores de la dignidad y la libertad de la persona, considerados inalienables en el orden internacional y especialmente en el europeo[483]. De ahí que el art. 10.2 CE no solo es una norma integradora del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, sino que también una norma configurada como un canon interpretativo de los derechos humanos y libertades que la Constitución española reconoce.

El autor Alejandro Saiz Arnaiz sostiene que el art. 10.2 CE, cuando vincula la interpretación de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce a los tratados internacionales sobre derechos humanos que estén ratificados por España, expresa, en alguna medida, la apertura del Estado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. "No hablamos solo de una incorporación al derecho interno de

[482] Ibidem, p. 42.
[483] Ibidem, p. 41.

acuerdos y declaraciones que tengan por objeto la protección o reconocimiento del derecho de las personas sino de adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados que devienen así por imperativo constitucional, dando una nueva eficacia a tales instrumentos internacionales"[484].

De este modo, el canon interpretativo del art. 10.2 CE se configura como una "técnica de concreción y reintegración que opera de cara al futuro, a través del cual puede determinarse y ampliarse el contenido de los derechos fundamentales con nuevas dimensiones"[485].

El canon interpretativo del art. 10.2 CE es comprendido independiente de la posición que los tratados internacionales puedan ocupar en el sistema interno de las fuentes del derecho. La norma del art. 10.2 CE no otorga rango constitucional a los derechos consagrados en los tratados internacionales en cuanto no estén también recogidos en la Constitución.

De acuerdo a Alejandro Saiz Arnaiz, desde una comprensión amplia del concepto de "derechos fundamentales y libertades"[486] establecido en la Constitución Española, es posible considerar tres argumentos para justificar que el canon hermenéutico previsto en el art. 10.2 CE es proyectado sobre todos los derechos del Título primero con independencia de cuál sea su ubicación en la sistemática del referido Titulo y, por lo tanto,

[484] Ibidem, p. 52.
[485] CUENCA, op. cit., p. 4. Desde esta perspectiva, las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales se configuran como normas incompletas y abiertas susceptibles de ser "especificadas" o "rellenadas" con los contenidos de los tratados de derechos humanos suscritos por España. En este sentido, el orden constitucional de los derechos fundamentales se va decantando a partir de su paulatina interpretación de conformidad con los tratados sobre la materia que se vayan incorporando al sistema español. Es común señalar que el artículo 10.2 CE funciona como una ventana o un cauce de apertura del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos o como una suerte norma "puente" que conecta e interrelaciona ambos ordenamientos. Se trata, además, de una apertura relativamente original, pues en el momento de aprobarse la Constitución española sólo se encontraba una disposición similar al art. 10.2 CE en el art. 16.2 de la Constitución portuguesa de 1976. Posteriormente, como antes se indicó, el art. 10.2 ha servido de inspiración a otros textos constitucionales, p. 9.
[486] A nivel de los ordenamientos constitucionales es posible observar que la Constitución española de 1978 utiliza el concepto de "libertades públicas." No obstante, para algunos autores, esta noción carece de un significado técnico consolidado, aun cuando aparece en la sección 1.° del Capítulo II del Título I de la Constitución de 1978 por lo que, "libertades públicas" y "derechos fundamentales" son sinónimos. A lo sumo, en la expresión "libertades públicas" cabría apreciar una especial idoneidad para referirse a aquellos derechos fundamentales que garantizan ámbitos de autonomía frente al Estado en vez de facultades propias. Cfr. DÍEZ PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Navarra: Thomson Reuters, 2013, p. 32.

de su sistema de garantías[487], y que para efectos de la construcción de titularidad de derechos de las personas extranjeras resulta de gran relevancia.

En primer lugar, la ubicación de la disposición normativa dentro de la Constitución después del encabezado del Título I, pero fuera de los capítulos siguientes, avalaría la idea de proyección del art. 10.2 CE sobre el conjunto del Título I y, por ende, en la totalidad de derechos reconocidos en él.

En segundo lugar, el Título "De los deberes y derechos fundamentales" favorecería la comprensión de los derechos fundamentales citados independientemente de su ubicación, ya que la Constitución española ha utilizado solo en dos oportunidades la expresión "derechos fundamentales": En primer lugar, en el precepto en cuestión (art. 10.2 CE) y, en segundo lugar, en el encabezado del Capítulo IV del Título I "De las garantías de las libertades y derechos fundamentales". A partir de esto Saiz concluye que "todos los derechos agrupados bajo una idéntica denominación se encuentran afectos a la cláusula hermenéutica del art. 10.2 CE"[488].

Por último, explica que "si el constituyente hubiese deseado excluir determinados derechos de la vinculación al canon interpretativo por la DUDH y los acuerdos internacionales en la materia, podría haberlo hecho sin ninguna dificultad"[489] y claramente no lo ha hecho, sino por el contrario, los ha incorporado dentro del ordenamiento interno por esta vía.

Una interpretación menos estricta, por la que se ha decantado expresamente el Tribunal Constitucional, ha sido entender que el art. 10.2 CE afecta a los derechos reconocidos en los artículos 10 al 38 de la CE y, por tanto, a todos los derechos incluidos en el Capítulo II del Título I. Sin embargo, "el TC no se ha pronunciado con carácter general acerca de la aplicación del art. 10.2 CE a los derechos recogidos como 'Principios rectores de la política social y económica' en el Capítulo III que, como es sabido, son los que gozan de un menor nivel de protección, usando hasta el momento en contadas ocasiones, y con una

[487] Ibidem, p. 73; CUENCA, P., "*La incidencia…*", op. cit., pp. 5 y 6.
[488] Ídem.
[489] SAIZ ARNAIZ, A., op. cit., p. 74.

relevancia decisoria más bien nula, los textos internacionales en la interpretación de estos preceptos"[490].

El TC ha señalado de manera rotunda que este precepto no permite la incorporación al catálogo constitucional de nuevos derechos que no estén contemplados en nuestro texto constitucional. De este modo, la cláusula del artículo 10.2 CE tendría un carácter meramente interpretativo respecto a los derechos fundamentales recogidos en nuestro texto constitucional y no un carácter inclusivo de nuevos derechos que no estén previamente reconocidos en su articulado[491].

Sin embargo, aunque no se admita expresamente, los tratados internacionales sí pueden dar lugar, por la vía interpretativa del art. 10.2 CE, a una ampliación o extensión del catálogo de derechos constitucionales.

A modo de ejemplo, en la STC 46/2014[492], el Tribunal Constitucional se pronunció respecto al interés superior del niño como un elemento de ponderación al momento de aplicarse, por parte de la Administración, alguna sanción. El amparo solicitado por una persona a la cual, en vía administrativa, le habían negado su permiso de trabajo por constar con antecedentes penales, señaló la vulneración a su derecho a la tutela judicial efectiva contemplada en el art. 24.1 CE, por parte de la judicatura administrativa contenciosa, al no considerar sus circunstancias personales de arraigo, específicamente el ser padre de dos hijos menores de edad (uno de ellos de nacionalidad española), los cuales son dependientes económicamente de él.

El TC señaló específicamente que "la Administración, o los órganos judiciales en vía de recurso, al estar en juego el derecho a la intimidad familiar junto al de protección social, económica y jurídica de la familia en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño, debieron ponderar las 'circunstancias de cada supuesto' y 'tener en

[490] CUENCA, P., "*La incidencia*…", op. cit., p. 6.
[491] Ibidem, p. 8.
[492] Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2014 (Primera Sala), de 7 de abril 2014 (Recurso de amparo 1695-2012).

cuenta la gravedad de los hechos', sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación" (Fj.6).

Otro ejemplo, explicado por la profesora Patricia Cuenca, es el derecho a la segunda instancia en la jurisdicción penal, el cual no está formalmente incluido en el artículo 24.1 de la CE, lo que materialmente supone la incorporación de un nuevo derecho prescrito en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[493] Lo mismo sucede con el derecho del acusado a ser asistido por intérprete, que tampoco está contemplado expresamente en el art. 24 CE, pero se desprende de su interpretación conforme al art.14.3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[494] y al art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[495].

En este sentido, y aplicando el canon establecido en el artículo 10.2 de la CE, es posible señalar *a priori* que ni la DUDH ni los tratados internacionales generalmente aludidos pueden, por si solos, ser fuente de derechos fundamentales. Sin embargo, pueden ser utilizados para concretar el contenido de los derechos y libertades de la Constitución, en conexión con los cuales es posible que se manifiesten nuevos derechos, entendidos como expresión de facultades y garantías que se derivan de la relación con un nuevo derecho fundamental[496].

Si bien el canon interpretativo habla de la DUDH y de los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España, el Convenio Europeo de Derechos Humanos se adecua a las previsiones de esta disposición, tanto en su condición de tratado internacional como en su contenido, pues lo previsto en el Título

[493] Art. 14.5 PIDCP. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*
[494] Art. 14.3 PIDCP. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías: d) A hallarse presente en proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo.*
[495] Art. 6.3. CEDH. *Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: c) A defenderse por si mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.*
[496] SAIZ ARNAIZ, A., op. cit, p. 82.

primero de la CEDH y sus protocolos adicionales coincide sustancialmente con lo establecido en el Capítulo II del Título primero de la Constitución española[497].

Respecto al derecho europeo, específicamente los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; el Tribunal Constitucional, en su Declaración 1/2004 de 13 de diciembre de 2004[498], señaló que, en la medida en que la presente carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho convenio. Esta disposición no impedirá que el Derecho de la Unión Europea conceda una protección más extensa.

Cabe recordar que, en el pronunciamiento del TC en la STC 46/2014[499], la especial trascendencia constitucional se justifica en relación con los derechos que se invocan como lesionados, que lo son en la medida en que se habría ignorado la jurisprudencia de este Tribunal, así como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el arraigo y los superiores intereses de los menores, de modo que la demanda conecta las lesiones invocadas con los criterios objetivos que pueden dotar de trascendencia al recurso (Fj.2).

Entonces, la duda que se pretende responder es si los criterios de interpretación de la carta son o no compatibles con el régimen de derechos y libertades garantizados por la Constitución. Es decir, si los criterios establecidos por el derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales de la Constitución y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos españoles cuando actúen al margen del Derecho de la Unión Europea.

---

[497] Ibidem, p. 156.

[498] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. "Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 (Requerimiento 6603-2004). Boletín Oficial del Estado, de 04 de enero 2005, número 3. La duda de constitucionalidad planteada por el gobierno de la Nación se refiere a tres preceptos del tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, los artículos I-6, II-111 y II-112. Además, el gobierno requiere a este Tribunal para que se pronuncie sobre la suficiencia del art. 93 CE para dar cauce a la integración del Tratado en el Ordenamiento interno o, en su caso, sobre el procedimiento de revisión constitucional pertinente para adecuar la Constitución al tratado con anterioridad a su integración.

[499] Véase cita a pie página 485.

El TC, en su declaración del año 2004, responde a esta inquietud señalando expresamente que "el tratado identifica como destinatarios de la carta a las 'instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea', así como a los Estados miembros 'cuando apliquen el derecho' de la misma, haciendo expresa salvedad de que con la carta no se altera, por ampliación, el ámbito competencial de la Unión Europea. Esa reducción del ámbito de aplicabilidad de la carta no podría impedir prestar el consentimiento en obligarse por el tratado, que haya sido ratificado por España a través del procedimiento previsto en el art. 93 CE.

La aplicación por el juez nacional, como juez europeo de los derechos fundamentales de la carta, habrá de suponer, casi sin excepción, la simultánea aplicación del correlativo derecho fundamental nacional, hipótesis ante la cual tiene sentido plantearse si la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de la carta (art. 10.2 CE) es a su vez conciliable con la definición que de los mismos se desprende de nuestra jurisprudencia. "Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución 'constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce', de suerte que habrán de tomarse en consideración 'para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución' (STC 292/2000, de 30 de noviembre, Fj. 8)"

Esto se traduce en que el tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal, cuya doctrina ya está integrada en el ordenamiento español por la vía del art. 10.2 CE, de manera que encuentra nuevas y mayores dificultades para la articulación ordenada en el sistema de derechos español. A raíz de esto, la CDFUE es concebida como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el derecho interno.

Sin perjuicio de lo señalado en la Declaración 1/2004, el Tribunal Constitucional ha asumido que el derecho comunitario tiene virtualidad propia más allá de la meramente interpretativa de los derechos fundamentales[500]. El art. 10.2 CE "es utilizado como conexión única entre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los

[500] CUENCA, P., op. cit. p. 426.

derechos fundamentales contenidos en la Constitución, limitando la virtualidad de dichos documentos internacionales e impidiendo el recurso al mismo como parámetro de control directo a la hora de valorar el ajuste entre las actuaciones de los poderes públicos españoles al estándar de garantía de los derechos formulados por la Unión Europea"[501].

A modo de ejemplo, el TC ha utilizado la jurisprudencia comunitaria en el STC 42/2020[502] en materia de derecho a la igualdad. El caso que dio origen a la acción de amparo tiene su origen en la negativa, por parte de la Administración, de conceder la tarjeta familiar de ciudadano de la UE a una persona peruana casada con una persona de nacionalidad española, por no haber acreditado medios económicos suficientes para mantenerle.

El TC estimó el recurso declarando vulnerado el derecho a la igualdad toda vez que "la exigencia de demostrar medios económicos suficientes tiene como finalidad evitar que el cónyuge extracomunitario suponga una carga para la asistencia social española. En la medida en que este fin se consigue con independencia de qué miembro de la pareja disponga de los recursos suficientes, o de si la suma de los recursos de ambos permite el sostenimiento de la unidad familiar, es preciso examinar las circunstancias de ambos cónyuges. Lo contrario supone una diferencia de trato injustificada entre las parejas formadas por españoles y las parejas entre español y un nacional extracomunitario, pues en las primeras cualquiera de los cónyuges podría trabajar para mantener a su familia. (Fj.4)".

Asimismo, declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, aplicando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al señalar que "es obligatorio ponderar todas las circunstancias que puedan configurar una relación de dependencia entre ambos cónyuges. En la medida en que esa dependencia impida al ciudadano de la Unión Europea separarse de su cónyuge, supondría una restricción a su libertad de circulación. Por tanto, las autoridades deben valorar tales circunstancias (Fj. 3)".

La referencia abierta al derecho comunitario se explica en el sentido de que el uso del canon interpretativo establecido en el art. 10.2 CE no puede limitarse únicamente a la

[501] Ídem.
[502] Sentencia del Tribunal Supremo 42/2020 (Sala primera), de 9 de marzo de 2020 (Recurso de amparo 4933-2018).

coincidencia nominal de "tratados o acuerdos internacionales, sobre las mismas materias, ratificados por España", sin incluir aquellos provenientes del Derecho de la Unión Europea. [503] En este sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se considera uno de los instrumentos del derecho internacional que sirven como herramienta hermenéutica para la interpretación de los derechos fundamentales.

2.3. Titularidad y ejercicio de derechos fundamentales a la luz del derecho comunitario y en particular de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Unión Europea contempla dos principios fundamentales. El primero es el derecho de las personas a circular libremente dentro de los países de la Unión Europea. Para tal efecto, fue creado el llamado "espacio Schengen"[504]. Su propósito era crear un espacio sin controles en las fronteras interiores de cada Estado, para que todos los ciudadanos de la UE puedan viajar de un país a otro libremente sin estar sujetos a controles fronterizos, así como también facilitar el comercio y transporte de mercancías. El conjunto de normas que rigen el espacio Schengen se denomina Código de fronteras Schengen[505].

El segundo, es el establecimiento de la ciudadanía europea. El art. 20 del TFUE crea una ciudadanía de la Unión Europea, estableciendo la titularidad de los derechos y deberes en los tratados, principalmente el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. También

[503] SAIZ ARNAIZ, A., op. cit., p.172.
[504] El espacio Schengen es uno de los principales logros del proyecto europeo. Comenzó en 1985 como proyecto intergubernamental entre cinco países de la UE (Francia, Alemania, Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo) y se ha ido ampliando gradualmente hasta convertirse en la mayor zona de libre circulación del mundo. Schengen es el nombre de un pequeño pueblo de Luxemburgo, en la frontera con Alemania y Francia, donde se firmaron el Acuerdo de Schengen y el Convenio de Schengen en 1985 y 1990, respectivamente. Hoy en día, el espacio Schengen abarca la mayoría de los países de la UE, excepto Chipre e Irlanda. Bulgaria y Rumanía se convirtieron en los Estados miembros más recientes en adherirse al espacio Schengen a partir del 31 de marzo de 2024, por lo que cualquier persona que cruce las fronteras interiores aéreas y marítimas ya no estará sujeta a controles. Además, los Estados no pertenecientes a la UE, como Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein también se han unido al espacio Schengen.
[505] UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión Europea para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). Diario Oficial de la Unión Europea, 23 de marzo de 2016, número 77, 52 páginas

contempla el derecho de acogerse en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; y el derecho de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión Europea en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.
En el art. 9 del TUE se establece que será ciudadano de la Unión Europea toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudanía de la Unión Europea se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.

De esta forma, la ciudadanía europea se constituye como un estatus privilegiado de reconocimiento de derechos y protección, especialmente aquellos vinculados a la libre circulación y residencia dentro del espacio Schengen *versus* a aquellas personas no nacionales de los Estados miembros.

En el marco institucional, la Unión Europea se compone de 7 órganos: el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo; el Consejo de la Unión Europea; la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (también conocido como "el Tribunal de Luxemburgo"); el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas Europeo.

El órgano jurisdiccional de la UE es el "Tribunal de Justicia de la Unión Europea"[506] creado en 1952, con la misión de velar por el respeto y cumplimiento del derecho europeo, la interpretación y aplicación de los Tratados de la UE. Es el órgano judicial de la UE.

El TJUE, con sede en Luxemburgo, está integrado por dos órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia y el Tribunal General (creado en 1988). El Tribunal de la Función Pública (creado en 2004) puso fin a sus actividades el 1 de septiembre de 2016, tras traspasar sus competencias al Tribunal General en el contexto de la reforma de la estructura jurisdiccional de la Unión Europea.

[506] *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* [en línea]. [Fecha de la consulta: 26 de mayo de 2024]. Disponible en https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/es/

Dado que cada Estado miembro tiene su propia lengua y su sistema jurídico específico, el TJUE es una institución multilingüe. Su régimen lingüístico no tiene equivalente en ningún otro órgano jurisdiccional del mundo, puesto que cada una de las lenguas oficiales de la Unión puede ser lengua de procedimiento. El Tribunal de Justicia ha de respetar un multilingüismo integral debido a la necesidad de comunicarse con las partes en la lengua del procedimiento y de garantizar la difusión de su jurisprudencia en todos los Estados miembros.

La Comisión Europea es la guardiana de los tratados de la UE (art. 17 del TUE). Su función es aplicar el derecho de la UE de manera uniforme en toda la zona. En el caso que un Estado miembro de la UE incumpla el derecho de la UE, la Comisión le enviará una "carta de requerimiento formal", que permite que dicho Estado presente sus observaciones. Si la Comisión sigue estimando que persiste la violación de las normas de la UE, enviará un dictamen motivado al Estado miembro en cuestión. Este dictamen motivado establece un plazo en el cual el Estado miembro debe cumplir el derecho de la UE. En caso de que el Estado miembro no lo cumpla en el plazo establecido, la Comisión podrá llevar el caso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Además, toda persona u organismo podrá interponer un recurso ante la Comisión si considera que una medida o práctica administrativa de un Estado miembro pudiese violar las normas de la UE. Sin embargo, solo la Comisión puede iniciar un procedimiento ante el TJUE (a diferencia del TEDH que permite la acción directa de particulares, como veremos más adelante).

La Unión Europea contempla una declaración de derechos civiles, políticos, económicos y sociales denominada "Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000, la cual fue tomando fuerza vinculante con la misma validez de los tratados internacionales a partir del Tratado de Lisboa.

La CDFUE, más amplia que el CEDH, establece derechos de los ciudadanos y residentes de la UE protegiendo sus derechos civiles y políticos y cubriendo los derechos sociales de los trabajadores. La CDFUE es innovadora en materia de derechos humanos, al

incorporar dentro de su listado aquellos derechos vinculados a la tecnología, la protección de datos, la bioética, entre otros[507].

En esta materia, la carta amplía la titularidad y ejercicio del derecho a la integridad física y psíquica de la persona. Se incluyen apartados sobre el consentimiento libre e informado, la prohibición de prácticas eugenésicas (sobre todo aquellas que tengan por finalidad la selección de personas), la prohibición de lucrar con partes del cuerpo humano así como la clonación reproductora de las personas (art. 3 de la CDFUE). En un mismo sentido, se resguarda la titularidad de derecho de toda persona a la protección de datos de carácter personal (art. 8 de la CDFUE).

El art. 19 de la CDFUE otorga medidas de protección especificas en caso de devolución, expulsión y extradición, prohibiendo las expulsiones colectivas y la devolución a un Estado en que corra peligro la vida de la persona o pueda ser sometida a la pena de muerte o a tortura.

El Derecho de la Unión Europea[508] está compuesto por los tratados constituidos (Tratado de la Unión Europea, Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y sus protocolos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que fue incorporada posteriormente, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica), denominado "derecho primario"; y los actos jurídicos que adoptan la instituciones europeas, dentro del cual encontramos los reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes,[509] llamado "derecho secundario".

Tanto los tratados constitutivos, la CDFUE y las normas derivadas del derecho secundario forman el *acquis* de la UE (acervo de la UE), conformando el conjunto de derechos y

[507] En su preámbulo, la carta señala que "La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento. Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos".
[508] La Unión Europea (UE) es una entidad geopolítica que cubre gran parte del continente europeo. Es una asociación económica y política única en el mundo, formada por 27 países. Cuenta con una moneda única (el euro).
[509] *EUR-Lex Access to European Union law* [en línea]. [Fecha de la visita: 26 de mayo de 2024]. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/eu-law.html

obligaciones que constituyen el *corpus iuris* del Derecho de la Unión Europea, el cual se integra a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE[510].

De aquí que el Derecho de la UE tenga un efecto jurídico directo en el ordenamiento nacional. Este criterio fue establecido por el TJUE en la sentencia *Vand Gend Loos* del 5 de febrero de 1963[511]. En dicho asunto es planteado si el art. 12 del Tratado Constitutivo CCE relativo a los derechos de aduana, de importación y exportación, tenían efecto interno.[512]

En este caso, el TJUE declaró que el derecho europeo no solo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares. Por ende, los particulares pueden invocar directamente los derechos que existen en el derecho europeo ante los tribunales nacionales y europeos aun cuando no exista en la legislación nacional[513].

---

[510] UNIÓN EUROPEA. "*Acquis"*, en *EUR-Lex Access to European Union law* [en línea]. [Fecha de la consulta: 26 de mayo de 2024]. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/acquis.html. El acervo de la Unión Europea (UE) es el conjunto de derechos y obligaciones comunes que constituyen el corpus del Derecho de la Unión Europea y se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE. El *acervo* de la Unión está en constante evolución e incluye: el contenido, los principios y los objetivos políticos de los Tratados de la UE; cualquier legislación adoptada para aplicar dichos Tratados y la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco de la UE; medidas de los ámbitos de la política exterior y de seguridad común, así como de justicia y asuntos de interior; acuerdos internacionales celebrados por la UE y acuerdos celebrados entre los propios Estados miembros en relación con las actividades de la UE.
Los países candidatos deben aceptar el *acervo* antes de adherirse a la UE. Solo se conceden excepciones a la aplicación del *acervo* en circunstancias excepcionales y con alcance limitado. Los países candidatos deben incorporar el *acervo* en su ordenamiento jurídico nacional, a más tardar, en la fecha de su adhesión a la UE y están obligados a aplicarlo a partir de esa fecha.

[511] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de febrero de 1963, C-26/62, Caso Van Gend.& Loos.

[512] Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), Segunda parte: Fundamentos de la Comunidad, Título I: Libre circulación de mercancías, Capitulo 1: Unión aduanera, Sección primera: Supresión de los derechos de aduana entre los Estados miembros, Articulo 12. *Los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas.*

[513] El TJUE señaló que "la función del Tribunal de Justicia, cuya finalidad es garantizar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, confirma que los Estados han reconocido al derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos; que, por esas razones, ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales que, en consecuencia, el derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico".

En relación con el derecho secundario (o derivado), el ámbito de aplicación del efecto directo dependerá de tipo de acto al que nos refiramos. Así, en el caso de los reglamentos, estos son directamente aplicables a los Estados miembros y tienen un efecto directo (art. 288 TFUE). Las directivas requieren la transposición al derecho nacional para su eficacia directa, aun cuando en algunos casos el TJUE ha determinado este efecto sin que el Estado miembro haya traspuesto la directiva como en el caso *Van Duyn Contra Home Office*[514].

En el caso de las decisiones, estas pueden tener un efecto directo si se designa un Estado miembro como destinatario. Los acuerdos internacionales tendrán efecto directo en determinados casos, cuando creen obligaciones a cargo de los particulares, y estén destinados a generar derechos que se incorporen en su patrimonio jurídico (Asunto *Van Gend & Loos*)[515]. Por último, los dictámenes y las recomendaciones no tienen fuerza jurídica vinculante, por ende, no tienen efecto directo.

En virtud de lo anterior, el estudio y vinculación del derecho comunitario, en relación con la titularidad y el ejercicio de derechos de las personas extranjeras, debe efectuarse en relación con aquellas personas consideradas "extracomunitarias"; es decir, aquellas que no ostenten la ciudadanía europea. En este sentido, la presente investigación se referirá, brevemente, a los casos en que el TJUE se ha pronunciado respecto a la titularidad y ejercicio de derechos de las personas extracomunitarias: en primer lugar, respecto a la CDFUE y, en segundo lugar, a su reglamento y principales directrices.

Los reglamentos, respecto al derecho derivado y tal como lo señala el art. 288 TFUE, tienen un alcance general, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente

[514] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1974, C-41/74, Caso *Yvonne Van Duyn y Home office*. La *Chancery Division* de la *High Court* of *Justice* de Inglaterra planteó con arreglo al art. 177 del Tratado CEE, algunas cuestiones relativas a la interpretación de determinadas disposiciones del derecho comunitario sobre la libre circulación de trabajadores en el marco de la interposición de un recurso en contra de Home Office por una nacional neerlandesa a la que le fue negado su permiso de entrada a Reino Unido como secretaria de la *Churh of Scientology* por ser consideradas actividades socialmente peligrosas. El TJUE señaló que "el artículo 48 del Tratado CEE y el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 64/221 deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro que imponga limitaciones justificadas por razones de orden público, puede tener en cuenta, como una cuestión relativa al comportamiento personal del interesado, el hecho de que esté afiliado a una asociación u organización cuyas actividades sean consideradas socialmente peligrosas por el Estado miembro, aunque sin embargo no estén prohibidas, y ello a pesar de que no se imponga ninguna limitación a los nacionales del citado Estado miembro que deseen ejercer un empleo semejante en las propias asociaciones u organizaciones. (C.24)"

[515] Sentencia *Van Gend & Loos* (véase nota 252)

aplicable en cada Estado miembro. En la materia de titularidad y ejercicio de derechos de las personas extracomunitarias, nos referiremos a dos reglamentos específicos vinculados a la libre circulación de trabajadores y personas. En primer lugar, al Reglamento (UE) N.° 2.016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, promulgado el 13 de abril de 2016, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo (y por el que se modifican los Reglamentos (UE) N.° 492/2011 y (UE) N.° 1.296/2013); y en segundo lugar, al Reglamento (UE) No. 2016/11191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos, simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) N.° 1.024/2012.

El tratamiento diferenciado entre la libre circulación por motivos laborales y una de carácter "general" es justificado, porque "las razones de la migración por motivos de trabajo no pueden equipararse por completo al mero cambio de residencia decidido por una persona, ni por sus necesidades logísticas, ni por el escenario (vital, familiar e incluso social) al que da o puede dar lugar. La persona que circula por motivos profesionales requiere, sobre todo, oportunidades en la búsqueda de empleo, protección en sus condiciones de trabajo y asistencia en las condiciones ligadas al trabajo (como es el caso de la seguridad social), mientras que la persona que se mueve de un país a otro por motivos distintos del trabajo (aunque no se descarte por completo la búsqueda de empleo) necesita, primero que todo, facilidades para su adecuada reubicación en un nuevo contexto ciudadano (es decir, sobre todo, facilidades de naturaleza administrativa o burocrática).[516]

Ambas normativas son aplicables a los ciudadanos de la UE. En el caso del Reglamento (UE) N.° 2.016/589, su art. 2 específica que su ámbito de aplicación será a los Estados miembros y a los ciudadanos de la Unión Europea. Por otro lado, el Reglamento (UE) N.° 2.016/1191 facilita la recepción de documentos públicos, expedidos por las autoridades de un Estado miembro, que deban presentarse ante las autoridades de otro Estado miembro. Este último reglamento también es aplicado a los documentos públicos

[516] GARCÍA MURCIA, Joaquín. "Dos nuevos Reglamentos de la Unión Europea para facilitar la libre circulación (de trabajadores y de personas)", en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*. 2016. Vol. 19, n.° 1, p. 414.

cuya presentación pueda exigirse a los ciudadanos de la Unión Europea que residen en un Estado miembro del que no son nacionales cuando deseen ejercer su derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo o en elecciones municipales en su Estado miembro de residencia.

Como se puede apreciar, el hecho de que la regulación comunitaria de la libertad de circulación de los trabajadores esté en un reglamento y que, en cambio, la regulación de la libertad de circulación de personas sea recogida en una directiva, permite comprender el diferente grado de articulación entre intervención supranacional e intervención estatal que el Derecho de la Unión Europea reserva para cada uno de esos supuestos. Si bien los reglamentos no requieren ser incorporados en el derecho nacional, pudiendo ser aplicados inmediatamente por los Estados miembros, las directivas deben adaptarse a cada Estado mediante la transposición de normas.

Tras la supresión gradual de las fronteras de conformidad a los Acuerdos Schengen, fue adoptada la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias a circular libremente[517]. Para aplicar esta directiva, la persona debe haber ejercicio previamente de su derecho a circular en el territorio de los Estados miembros.

En el asunto Ruiz Zambrano c. Bélgica[518], el TJUE se pronunció sobre la libre circulación de personas extracomunitarias. Sin perjuicio que el caso referido hace alusión a una solicitud de asilo, resulta muy ilustrativo a efectos de la ampliación de la titularidad de las personas beneficiarias de esta directiva.

El Sr. Ruiz Zambrano solicitó asilo en Bélgica, tras ingresar con un visado expedido por la Embajada de Bélgica en Bogotá. En febrero de 2000, su esposa también solicitó asilo. Ambas solicitudes fueron denegadas el 11 de septiembre de 2000, aunque no se le repatrió

[517] UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estado miembros por lo que se modifica el Reglamento (CEE) n.° 1.612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. Diario Oficial de la Unión Europea, de 30 de abril de 2004, número 158, 47 páginas.

[518] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de marzo de 2011, C-34/09, Caso Ruiz Zambrano.

debido a la guerra civil en Colombia. El 20 de octubre de 2000, Ruiz Zambrano pidió la regularización de su estancia y su integración en la sociedad belga, argumentando la imposibilidad de regresar a Colombia. En el año 2003 nació su hijo, quien obtuvo la nacionalidad belga, por lo que en abril del 2004 presentaron una nueva solicitud de regularización basada en el nacimiento de su hijo, para evitar que su hijo tuviera que abandonar Bélgica. En agosto de 2005 nació su otra hija, quien también obtuvo la nacionalidad belga, por lo que al mes siguiente solicitaron la residencia permanente. En septiembre de 2005 les fue otorgado un certificado de residencia temporal hasta el 13 de febrero de 2006, pero su solicitud de residencia permanente fue rechazada en dos oportunidades, porque no inscribieron a sus hijos en las autoridades consulares colombianas, lo que se consideró como una falta de cumplimiento con las leyes de su país. El gobierno belga reconoció su derecho de residencia provisional renovable desde abril de 2009, con un permiso de trabajo tipo C.

La Gran Sala del TJUE señaló que, con arreglo al apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 2004/38, titulado "Beneficiarios", esta era aplicable a cualquier ciudadano de la Unión que "se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia" (apartados 40 y 41).

La negativa a conceder un permiso de residencia a una persona nacional de un Estado tercero en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad (nacionales de dicho Estado miembro) cuya manutención asume, y la negativa a concederle un permiso de trabajo tienen tal efecto, que debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión Europea, se verán obligados a abandonar el territorio de la UE para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, esta corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá también como consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la UE, se verán obligados a abandonar el territorio de esta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión Europea se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la UE (apartados 43 y 44).

El TJUE declaró expresamente que, "el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión".

Es decir, el TJUE resolvió que la situación de los hijos de Ruiz Zambrano, nacionales belgas, significaba que no se les podía obligar a abandonar la UE, ya que esto les privaría del disfrute efectivo de los derechos asociados a la ciudadanía de la UE. El tribunal reconoció que denegar la residencia y el permiso de trabajo a los padres podría obligar a los hijos a abandonar la Unión Europea, contraviniendo así sus derechos.

La Directiva 115/2008/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular[519], fue dictada el año 2008 con el objeto, desde un punto de vista jurídico, "de poder mejorar la situación de heterogeneidad existente en materia de retorno en el territorio de los 27 Estados miembros de la UE, en la que caben desde detenciones con fines de expulsión por tiempo indefinido hasta la falta de asistencia letrada gratuita a los inmigrantes, objeto de una orden de expulsión, o la sanción de prohibición de entrada a perpetuidad"[520]. Los límites a la aplicación de la Directiva de Retorno vienen dados por los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario, así como del derecho

[519] UNIÓN EUROPEA. Directiva 2008/1115/CE del parlamento Europeo y el Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial de la Unión Europea, de 24 de diciembre de 2008, número 348, 10 páginas.

[520] FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa. "La Directiva sobre retorno de los inmigrantes en situación irregular", en *Revista de Derecho Comunitario*. 2009. N.° 33, p. 454. El proceso de adopción de la Directiva de Retorno ha sido largo y difícil. Tras su presentación por la Comisión en septiembre de 2005, la propuesta de Directiva sufrió varios bloqueos, el más importante durante la presidencia alemana en 2006, en el que desapareció de la agenda por intereses nacionales. Más tarde, y gracias al esfuerzo de la presidencia portuguesa, que se concentró en buscar un mínimo común denominador y en suprimir lo superfluo, la propuesta empezó a experimentar los cambios que la harían aceptable para la mayor parte de los Estados miembros. A partir de ese momento, la propuesta incorpora mejoras en su técnica jurídica, gracias a las ya más fluidas negociaciones interinstitucionales que, tras avanzar durante la presidencia eslovena, concluirán con éxito en la presidencia Francesa. La Directiva de Retorno es una pieza muy importante en el proceso de negociación de la regulación conjunta de los flujos migratorios con los países de origen y de tránsito, con un marcado enfoque en seguridad. Ello ha llevado a reaccionar a los países de África y de América Latina, que han protestado ante las instituciones europeas para reivindicar que es fundamental asegurar el goce y la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, indistintamente de su condición.

internacional, incluidas la protección de aquellos refugiados y las obligaciones en materia de derechos humanos[521].

La Directiva de Retorno sustituye los artículos 23 y 24 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, relativas a las medidas de expulsión y a la compensación de los desequilibrios financieros derivados de las expulsiones, cuando estas no puedan realizarse a expensas del nacional extranjero.

Como bien señala su nombre, la Directiva de Retorno es aplicada "a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro." Esta delimitación permite a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación de la directiva dos supuestos: el primero, relativo a la devolución en frontera como consecuencia de la violación de las normas nacionales y comunitarias sobre entrada y permanencia; y el segundo, a las medidas de retorno vinculadas a una sanción penal, las cuales quedan bajo disposición del Estado miembro respectivo respetando su soberanía en la materia[522]. Estas excepciones son justificadas en atención al objetivo principal de la directiva, el cual es el retorno y no los controles fronterizos que puedan llevar al rechazo en frontera y a la devolución.

En el asunto *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*[523], no se aborda en sí un caso sobre titularidad y ejercicio de derechos, sino un canon interpretativo de la directiva en favor de los extranjeros no nacionales de terceros países que se encuentren en una situación irregular dentro de un Estado miembro de la UE.

El asunto consiste en la situación de un nacional, de un tercer país, que entró ilegalmente en Italia sin portar ni disponer de un permiso de residencia. El 8 de mayo de 2004, la Prefectura de Turín dictó contra El Dridi un decreto de expulsión motivado por la indisponibilidad de un vehículo u otro medio de transporte, la falta de documentos de identidad del Sr. El Dridi, y la imposibilidad de acogerle provisionalmente en un centro de internamiento, debido a la falta de plazas en los establecimientos previstos para tal fin.

[521] Ibidem, p. 455.
[522] FAJARDO, op. cit., p. 462.
[523] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de abril de 2011,C-61/11, Caso Hassen El Dridi alias Soufi Karin.

En septiembre de 2010, se comprobó que el Sr. El Dridi no había dado cumplimiento a esa orden de expulsión. Posteriormente, fue condenado por el Tribunal di Trento, a la pena de un año de prisión por el delito de no poder ejecutar inmediato la expulsión.

En este caso, el TJUE se plantea la interrogante sobre la posibilidad de imponer una sanción penal durante la tramitación de los procedimientos administrativos de retorno de un extranjero a su país de origen, debido a la inobservancia de las fases de esos (ya que tal sanción parece contraria al principio de cooperación leal), a la necesidad de lograr los objetivos de la Directiva 2008/115 y de garantizar el efecto útil de ésta; así como a los principios de proporcionalidad, de adecuación y de racionalidad de la pena.

El TJUE declara en su sentencia que "la Directiva 2008/115/CE, en particular sus artículos 15 y 16, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado".

En el asunto *Zaizoune*[524], también se discute un caso del marco interpretativo del derecho europeo, en relación con el derecho nacional. El Sr. Zaizoune, de nacionalidad marroquí, fue interceptado el 15 de julio de 2011 en territorio español por las fuerzas de orden público. Al no haber podido presentar sus documentos de identidad en ese momento, fue detenido, iniciándose contra él un procedimiento administrativo de expulsión del territorio español, que culmina con su expulsión del territorio español, además de la prohibición de entrada durante cinco años. Dicha resolución fue motivada por la situación irregular del Sr. Zaizoune en España. El interesado presentó un recurso contra la citada resolución ante el Juzgado de lo Contencioso, el cual anuló la resolución administrativa y sustituyó la expulsión por una multa.

El TJUE se vio enfrentado a la interrogante de, si a la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las directivas, sus artículos 4.2 (*La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la*

[524] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015, C-38/14, Caso Samir Zaizoune.

inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país), art. 4.3. *(La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva)* y art. 6.1 *(Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5)* pueden y deben ser interpretados en el sentido que se oponen a una normativa nacional que permita sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica, lo que resulta incompatible con la sanción de expulsión.

En relación con las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario, en materia de inmigración y de asilo, que resulten más favorables para el nacional de un tercer país (contempladas en el apartado 2 de dicho artículo), el TJUE señala que ningún precepto de dicha directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí (apartado 37).

El TJUE concluye que "la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular su artículo 6, apartado 1 y artículo 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí".

En materia de titularidad de derechos de las personas extracomunitarias, es interesante el tratamiento que realiza la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar. Esta directiva reconoce la titularidad del derecho de reagrupación familiar de nacionales de terceros países, como la regulación de su ejercicio, siempre y cuando

residan legalmente en el territorio de los Estados miembros. Esta directiva va un paso más allá, extendiendo la titularidad y ejercicio del derecho de reagrupación familiar al cónyuge del reagrupante. Como señala su art. 3.1:

> *"La Directiva es aplicada cuando el reagrupante sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un periodo de validez superior o igual a un año, y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente, si los miembros de su familia son nacionales de terceros países, independiente de su estatuto jurídico".*

La misma directiva indica qué miembros de la familia pueden reagruparse: el cónyuge del reagrupante, los hijos menores del reagrupante y su cónyuge (incluidos los adoptivos, aquellos en que tenga el derecho de custodia, los que estén a su cargo, que tengan menos de 21 años y no estén casados), los padres del reagrupante o de su cónyuge (ascendientes en línea directa en primer grado) cuando estén a su cargo y no tengan apoyo en el país de origen; los hijos mayores solteros del reagrupante cuando no puedan proveerse a sí mismos por su estado de salud; su pareja no casada, nacional de un tercer país, que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, y de los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas, así como de los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

Tal como lo dice su preámbulo "Los Estados miembros deben decidir si ellos desean autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, del miembro de la pareja no casada o registrada, así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante. Cuando un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de dichas personas, tal autorización se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros que no reconozcan la existencia de vínculos familiares en los casos cubiertos por esta disposición no concedan a dichas personas la consideración de miembros de familia por lo que respecta al derecho a residir en otro Estado miembro, con arreglo a la legislación comunitaria pertinente".

En el asunto *Noorzia*[525], una ciudadana afgana solicitó un permiso de residencia con el fin de reunirse con su esposo, quien también es ciudadano afgano y reside en Austria. La solicitud fue rechazada porque, aunque el esposo tenía 21 años al momento de tomarse la decisión sobre la reunificación familiar, era menor de esa edad cuando se presentó la solicitud. De hecho, la ley austriaca establece explícitamente que ambos cónyuges deben tener 21 años al momento de presentar la solicitud de reunificación familiar y que la solicitud debe ser rechazada incluso si se espera que los cónyuges alcancen la edad requerida al momento de la reunificación familiar efectiva. En estas circunstancias, el tribunal nacional preguntó al Tribunal de Justicia si una disposición de la ley nacional, según la cual los cónyuges deben haber alcanzado la edad de 21 años en la fecha de presentación de la solicitud de reunificación familiar, es compatible con el artículo 4 (5) de la Directiva[526].

El Tribunal realizó una interpretación literal de la disposición en cuestión, según la cual, dado que el legislador de la UE no mencionó explícitamente en qué momento del procedimiento de reunificación familiar debe cumplirse el requisito de edad mínima, pretendía dejar a los Estados miembros un amplio margen de discreción. En este sentido, debe señalarse que el enfoque del Tribunal no es convincente, ya que interpreta la disposición como si no contuviera ningún indicador temporal, cuando en realidad sí lo tiene. En particular, como se mencionó anteriormente, la disposición establece claramente que los cónyuges deben tener la edad mínima "antes de que el cónyuge pueda reunirse" con el patrocinador[527].

Por último, la Directiva 2003/19/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, brinda a sus titulares la posibilidad de trasladarse a otros países de la UE y residir en ellos para trabajar o estudiar.

Para ser titular del estatuto de residente de larga duración siendo nacional de tercero países, y ejercer los derechos reconocidos en la directiva, es necesario haber residido legal

[525] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2018, C-380/17, Caso Noorzia.
[526] MILIOS, Georgios. "Family Reunification for Third-Country Nationals: Minimum Age for Spouses, Integration Measures and the Application of the Individual Assessment. Comment", en *European Journal of Migration and Law*. 2015. Vol. 17, n.° 1, p.129.
[527] MILIOS, G., "Family…", op. cit., p. 132.

e ininterrumpidamente en un territorio de un Estado miembro durante 5 años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente.

Uno de los principales derechos que se reconocen a las personas extranjeras que obtienen este estatuto privilegiado es la igualdad de trato en el acceso al empleo, la educación y formación profesional, incluido el sistema de becas, el reconocimiento de títulos profesionales, prestaciones de seguridad social, asistencia de protección social , acceso a bienes, servicios y procedimientos de acceso a la vivienda, la libertad de asociación y afiliación, el libre acceso a todo el territorio del Estado miembro que se trate (art. 10.1 Directiva 2003/19/CE).

Sin embargo, la misma directiva contempla restricciones a la igualdad de trato con los nacionales en el acceso al empleo cuando este esté reservado a los nacionales o a los ciudadanos de la UE o del Espacio Económico Europeo. Además, podrán limitar la igualdad de trato a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección social sin referencia alguna.

En materia de expulsión, el art. 12 de la directiva señala expresamente que *"Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública*".

Sin embargo, el Estado miembro, antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, deberá ponderar y considerar la duración de la residencia en el territorio; la edad de la persona implicada; las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

Este estatuto, además, permite adquirir el derecho a residir, por un período superior a tres meses, en el territorio de otros Estados miembros diferentes del que les haya concedido el estatuto de residencia de larga duración.

2.4. La reserva de ley y el margen del legislador para afectar la titularidad de derechos de los extranjeros

La Constitución española establece una garantía normativa fundamental y autónoma conocida como reserva de ley[528]. Esta garantía significa que la Constitución es la que determina que ciertas materias, debido a su gran relevancia, deban ser reguladas exclusivamente a través de la ley. En esencia, la reserva de ley busca asegurar que dichas materias sean objeto de decisión por parte del titular ordinario de la potestad legislativa, impidiendo que sea delegada a otras fuentes normativas, particularmente a los reglamentos[529].

La reserva de ley tiene su origen en los dos grandes sistemas de legalidad existentes durante el periodo liberal. Por un lado, en el monismo francés, la soberanía del Parlamento, vinculada a la primacía de la ley, determinaba una posición subsidiaria del reglamento, en la creación del derecho, entendido como ejecución de la ley. Aquí, la reserva de ley encontraba su sentido en la cláusula "libertad-propiedad", atribuyendo al Parlamento la regulación de las materias relativas a los dos núcleos esenciales de los intereses de la burguesía.[530] Por otro lado, la escuela alemana del último tercio del siglo XIX distinguió entre ley en sentido formal, como cualquier acto proveniente de la voluntad del Parlamento en conjunto con el Monarca, y ley en el sentido de materias, entendiéndolas como aquellas que atañen a los ciudadanos entre sí o con los poderes públicos[531].

El derecho español, más cercano al sistema alemán actual, aplica el principio de supremacía de la ley sobre las demás fuentes del derecho; el efecto de la reserva es que la potestad legislativa resulta irrenunciable en las materias reservadas[532]. En este orden de ideas, en cuanto al fundamento y configuración de la reserva ley en el ordenamiento español, existan teorías no coincidentes. Sin embargo, la tesis mayoritaria considera que el sentido más relevante de la reserva de ley es imponer que las decisiones básicas en un

[528] VILLACORTA MANCEBO Luis. *Reserva de Ley y Constitución*. Madrid: Editorial Dykinson, 1994, p. 17.
[529] APARICIO PÉREZ, M., "*Manual*…", op. cit., p. 346.
[530] Ibidem, p. 514.
[531] Ídem.
[532] CAZOR, K. y GUILOFF, M., op. cit., p. 811.

ámbito material determinado se adoptan mediante ley[533]. Actualmente, el principio de reserva de ley, indica la Constitución, exige que ciertas materias, dada su especial relevancia y materias, sean reguladas mediante ley.

En la Constitución española, la institución de la reserva de ley presenta una gran pluralidad, existiendo varias reservas de ley establecidas mediante cláusulas generales, que definen el ámbito que está regulado por la ley (artículo 53.1 y 81.1 CE)[534], o bien, la reserva sobre materias concretas, por ejemplo, la garantía de que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 CE) o la regulación legal de las formas de matrimonio, edad, capacidad para contraerlo, derechos y deberes de los cónyuges, causa de separación y disolución y sus efectos (art. 32.2 CE)[535].

Es posible distinguir las reservas en favor de tipos de leyes, definidos por su especial procedimiento de aprobación, como por ejemplo la reserva de Ley Orgánica. En los casos en que la Constitución menciona la ley sin adjetivarla, será ley ordinaria, estatal o autonómica, según queda establecido el deslinde competencial en la materia (incluso admitirse en ciertos casos el decreto legislativo, el decreto ley)[536]. Esto toma mayor relevancia en materia de extranjería, ya que la actual normativa de extranjería es una ley orgánica, toda vez que comprenda derechos fundamentales y libertades públicas según el art. 81 CE.

---

[533] APARICIO PÉREZ, M., "*Manual*…", op. cit., p. 315.

[534] *Art. 53.1 CE. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulos segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161,1, a).*

Art. 81.1 CE. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

[535] Otras disposiciones que establecen la garantía de la reserva de ley son: la reserva de ley orgánica sobre las abdicaciones y renuncias y cualquier otro hecho o derecho que ocurra en el orden de sucesión de la Corona española (art. 57.5 CE); la autorización mediante ley orgánica podrá aprobar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión (art. 93 CE); la creación y coordinación de los órganos de la administración del Estado (art. 103.2 CE) o la regulación legal de la audiencia de ciudadanos, el acceso a los archivos y registros y el procedimiento (art. 105 CE).

[536] Ibidem, p. 347.

También es factible diferenciar la intensidad de las diversas reservas, es decir, el nivel de regulación exigido y el margen de maniobra que queda para el reglamento. Esta distinción se puede identificar a través del enunciado de la norma que establece la reserva. Por ejemplo, el término "sólo por ley" en el artículo 53.1 CE indica que solo por ley puede regularse el ejercicio de derechos y libertades.

Por su parte, Tribunal Constitucional ha señalado que la reserva de ley pretende asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad, que corresponde a los ciudadanos, dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes[537], admitiendo al parecer una reserva legal como regla general para la creación de derechos y la imposición de obligaciones; mientras que relativiza la exigencia del principio de legalidad en relación con los aspectos organizativos de la administración, donde cabrían los reglamentos independientes.

A partir de la cláusula del art. 10.2 CE, este desarrollo convencional y jurisprudencial encuentra su entrada en el mismo nivel constitucional español, configurándose como un límite especial de intensidad para el legislador, no solo en los ámbitos ya protegidos por la Constitución, sino incluso en aquellos (como la resistencia del extranjero o la posibilidad de expulsión) más estrictamente sometidos a la posibilidad de trato diferenciado por parte del legislador[538].

En este sentido, y como bien señala Eduardo Roig, "la Constitución no solo impone una serie de límites formales (señaladamente la reserva de ley) al desarrollo normativo en materia de extranjería, sino que por sí misma o a través de los compromisos internacionales vigentes en España, significa la creación de un estatuto del extranjero que debe ser recogido, respetado y desarrollado por la Ley[539].

[537] Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio de 1984, Fj.4 "El principio de reserva de Ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de derecho. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador".
[538] ROIG, E., op. cit., p. 592.
[539] Ibidem, p. 592. El contenido de ese estatuto fundado en la Sentencia Tribunal Constitucional 107/1984 de 23 de noviembre de 1984, ha sufrido una relevante evolución, como expondremos en el análisis jurisprudencial.

El TC, en su fallo 76/2019[540], definió la función constitucional de la reserva de ley señalando que "la reserva de ley que, con carácter general somete la Constitución española a la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función: en primer lugar, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes. En segundo lugar, asegura un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los jueces y magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la ley y no existe, en puridad, la vinculación al precedente: constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas (Fj. 5)"[541].

Por otro lado, lo que está constitucionalmente reservado a la ley orgánica es la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho: la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas. En este sentido, los derechos recogidos en el Capítulo segundo del Título I solo pueden ser regulados por ley y por los artículos 19 al 29 de la norma fundamental. En otras palabras, "las normas que inciden directamente sobre el desarrollo del derecho debe ser leyes orgánicas (art. 81 CE) mientras que las que regulan su ejercicio, ordinarias (art. 53 CE)[542].

La reserva de ley orgánica cubre toda norma que desarrolle de modo directo un derecho o que establezca restricciones a los mismos. En otras palabras, todo lo relativo al compendio de facultades que configuran el objeto del derecho y la determinación de los titulares de este.

---

[540] Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo de 2019. (Recurso de inconstitucionalidad 1405-2019). En el presente recurso de inconstitucionalidad, el TC se pronunció respecto a la vinculación entre la Ley Orgánica Constitucional del régimen electoral general, incorporado por la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales, si el legislador ha vulnerado la reserva de ley y el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales (art. 18.4 CE en conexión con el art. 53.1 CE), por renunciar a establecer el marco en el que se habilita el tratamiento, la finalidad del mismo y las garantías adecuadas frente al concreto uso de la informática, previsto en la norma impugnada. El TC finalmente decidió estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del art. 58 *bis* de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado a esta por la disposición final tercera, apartado dos, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

[541] TAJADURA TEJEDA, Javier. "Reserva de ley y restricción de derechos fundamentales". En: REGUEIRO GARCÍA, María Teresa (et. al.) *Impacto de la crisis sanitaria del covid-19 en el ejercicio de los Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Branch, 2022, p. 373.

[542] Ídem.

La ley ordinaria basta para regular las condiciones de ejercicio del derecho (siempre que no determine ni su ámbito ni sus límites). Al combinar ambos criterios, se concluye que a la ley ordinaria (ya sea de Cortes o de una asamblea autonómica) le está vedada la posibilidad de habilitar medidas restrictivas de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 15 a 29 (libertad de circulación, reunión, manifestación, libertad religiosa, etc.)[543].

Fuera de ese ámbito, esto es, los derechos fundamentales no incluidos en la sección primera del Capítulo segundo del Título primero (libertad de empresa derecho de propiedad, entre otros) pueden ser restringidos mediante leyes que no tengan el rango de orgánicas[544].

Se afirma así la intersección estructural existente entre la legislación y los derechos fundamentales, dirigida desde la perspectiva funcional a la óptima realización de estos y que se pone de relieve precisamente de manera singular a través de la imprescindible institución, en todo sistema constitucional democrático, de la reserva de ley, que es expresión genuina del principio democrático y corolario de la división de poderes frente a los ataques que pueden provenir del legislador del Ejecutivo.

2.4.1. La vinculación y eficacia directa de los derechos fundamentales

En el Estado liberal europeo, los derechos proclamados en la Constitución solo surtían efecto cuando una ley determinaba su aplicación y eficacia. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la carta de 1978, la idea de la remisión de los derechos fundamentales a la ley es abandonada, estableciendo que la misma Constitución fijará el contenido esencial de los mismos, transformándolos en auténticos mandatos constitucionales, capaces de limitar al legislador y tener aplicación directa. [545]

La eficacia y aplicación directa de los derechos se encuentra en el art. 53.1 de la CE, al señalar que *los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente*

[543] Ibidem, p. 375
[544] Ibid., p. 374.
[545] ROBLEDO RUÍZ, Agustín. *Compendio de Derecho Constitucional Español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 323

Titulo vinculan a todos los poderes públicos. Los derechos y libertades recogidos en el Capítulo segundo del Título I de la CE son directamente aplicables, con independencia de que exista o no alguna norma, de rango inferior a la Constitución, que los desarrolle.[546]

La Constitución española no contempla una norma específica sobre la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a terceros y a particulares, por lo que se deduce de la interpretación del art. 9.1 de la CE que "*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*."

Esto fue señalado por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 101/1983[547], al establecer que esta vinculación tiene diferentes grados, dependiendo si nos referimos a los ciudadanos o a los poderes públicos. En el primer caso, existe un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución; en el segundo supuesto, los titulares de los poderes públicos tienen el deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución (Fj. 3).

El art. 53.1 de la CE también realiza una vinculación de los poderes públicos a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I, por lo que se deben armonizar ambas normas: art. 9.1 y 53.1 de la CE, a efecto de comprender la obligatoriedad de la eficacia directa de los derechos.

La existencia del art. 53.1 de la CE se justifica como una precisión del principio general de los derechos fundamentales que, como algunos autores han señalado, tendría una raíz histórica.[548] En este sentido, en "la tradición del constitucionalismo decimonónico en general, y del constitucionalismo español en concreto, los derechos fundamentales eran vistos, no como auténticos derechos subjetivos sino como simples mandatos al legislador, el cual debía dar contenido a los principios constitucionales," por lo que el precepto

[546] LÓPEZ GUERRA, Luis (et. Al.) *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 399.
[547] Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1983, de 18 de noviembre de 1983. Recurso de Amparo respecto a la falta de juramento o promesa de acatamiento de la Constitución por lo diputados de la Agrupación Electoral Herri Batasuna.
[548] PÉREZ TREMP Pablo (et.al) *Derecho Constitucional Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 126.

señalado solo se limita a concretizar el art. 9.1 CE en el ámbito de los derechos fundamentales.[549]

Es importante señalar que, aun cuando no todos los derechos fundamentales se encuentren ubicados bajo el mismo capítulo o sección del Título I de la CE, en la medida que son derechos subjetivos propiamente tal, son también exigibles aunque su sistema de protección sea diferente.[550]

Esto fue recalcado por el TC en su sentencia 21/1981[551], al señalar que "los preceptos constitucionales vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 y 53.1 de la CE) y que son de origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos (Fj.17)".

Respecto a la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, se rompe, en cierto modo, la estructura histórica del surgimiento de los derechos como límites al poder, trasladando la eficacia vertical a la horizontalidad. Si bien el efecto horizontal de los derechos fundamentales, para efectos de esta investigación, no es analizado, es importante comprender que los ciudadanos también se ven obligados al respeto de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. Esto se debe a que, en algunas ocasiones una persona puede estar en una posición de supremacía frente a otro individuo que, en el caso de grupos vulnerables como las personas extranjeras, suele ocurrir. A modo de ejemplo: en las relaciones laborales en que el empleador es un nacional del Estado donde se encuentra la persona extranjera, se perpetua las relaciones de subalternidad entre uno y otros.

La directa aplicación de los derechos fundamentales constituye una garantía para su plena efectividad. Es más, con esto se impide que el fenómeno conocido como la legislación negativa[552] perturbe la eficacia de dichos derechos[553]. Es por esta razón que la vinculación

[549] PÉREZ TREMP, P, op.cit.,p. 127
[550] Ibidem.
[551] Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1981, de 15 de junio de 1981 (Recurso de amparo). Amparo solicitado por violación del art. 24 de la CE en relación con el derecho penal militar y la sanción por acumulación de 4 faltas leves en un marco disciplinario.
[552] LÓPEZ GUERRA, L., op. cit., p. 399. La legislación negativa consiste en que una determinada previsión normativa precisa ser desarrollada por normas de rango inferior en caso de que no se lleguen a aprobar dichas normas.
[553] Ídem.

y eficacia directa de los derechos fundamentales está establecida como una garantía no jurisdiccional de los mismos[554].

2.4.2. El contenido esencial de los derechos

El concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales se ha comprendido en sí mismo como un límite al legislador al momento de la regulación del derecho, salvaguardando siempre el núcleo esencial del derecho, del cual nunca puede prescindir.

El concepto del contenido esencial surge en Alemania como respuesta a la preocupación por la garantía de los derechos fundamentales derivados de la situación de nacionalsocialismo, como una forma de protección frente a las actuaciones del legislador.[555]

La CE no determina expresamente los elementos que forman el contenido esencial de los derechos, por lo que la concretización de lo que se entiende por el contenido esencial de cada derecho debe realizarse de manera casuística.[556] La discusión entonces gira en torno a dilucidar qué se entiende por contenido esencial y si es posible determinarlo. Por este motivo, la comprensión de este debe realizarse a la luz de las discusiones en torno a los límites de los derechos fundamentales.

Aun cuando la Constitución establezca que los derechos reconocidos en el Capítulo segundo del Título I han de ser desarrollados por Ley Orgánica; el tener una aplicación directa se traduce en que ni siquiera el legislador, menos el legislador orgánico, puede regular con absoluta discrecionalidad los derechos fundamentales. En otras palabras, no se admite un desarrollo legislativo de los derechos y libertades públicas que restrinja su

[554] Estas garantías se complementan con las previstas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que incluye la defensa de los derechos en él, contenidos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez que se hayan agotado las vías internas y con las establecidas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que asume todos los derechos consagrado en el CEDH. así como otros derechos y principios derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la UE, de la jurisprudencia del TEDH y otros instrumentos internacionales. Véase, RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. "La protección y garantía de las libertades y de los derechos fundamentales", en *Tirant Lo Branch* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 29 de junio de 2024]. Disponible en https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema%2011_Todo(16-02-2017).pdf

[555] MARTÍN HUERTAS Ascensión. "El contenido esencial de los derechos fundamentales." *Revista de las Cortes Generales*. Madrid, p. 132.

[556] ROBLEDO RUÍZ, A, op.cit.,p., 327.

contenido o las condiciones de ejercicio por debajo del nivel constitucionalmente previsto[557].

Es decir, la Constitución impone al legislador la obligación de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales; obligación que constituye una garantía adicional a la reserva de ley. Al obligar al legislador a respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades, imposibilita que el desarrollo legislativo vacíe de contenido material los preceptos constitucionales, evitando el peligro de que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales sea puramente formal, dotando a estos preceptos de un contenido material intangible[558].

Sin embargo, este es un tema que aún no ha sido zanjado en la doctrina constitucional. El autor Luis Prieto Sanchís considera que determinar el contenido esencial en abstracto presenta un verdadero problema toda vez que "la cláusula del contenido esencial no se trata de un concepto indeterminado, sino más bien de un concepto impredecible, en el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientadores para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que solo en el momento de concepto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podría este determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo *iusfundamental* en cuestión."[559]

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 11/1981[560], construyó varios criterios respecto al contenido esencial, afirmando además que los derechos constitucionales son irrenunciables. El Tribunal señala que el art. 53 de la CE se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales, refiriéndose a cualquier derecho subjetivo; sean o no constitucionales, hay que distinguir a efecto de comprender el contenido esencial de un

[557] LÓPEZ GUERRA, L., op. cit., p. 402.
[558] Ídem.
[559] PRIENTO SANCHÍS, Luis. "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades." En *Estudios sobre derechos fundamentes*, Madrid: 1990, p. 72.
[560] Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 (Pleno), de 8 de abril de 1981 (Recurso de Inconstitucionalidad 192-1980). El Tribunal constitucional se pronuncia respecto a la constitucionalidad de diversos preceptos del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos en el trabajo. La sentencia se pronuncia acerca del contenido esencial de los derechos y, en concreto, sobre el contenido esencial del derecho a huelga, resolviendo sobre los preceptos impugnados que versan relativos al convenio colectivo, el comité de huelga, la ocupación de centros de trabajo, los servicios esenciales, las huelgas de solidaridad y los conflictos colectivos.

derecho. Primero, respecto a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho, se debe establecer (o al menos tratar) una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas (conocido como "metalenguaje" o ideas generalizadas) y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, jueces y especialistas en Derecho (Fj.8).

Continúa el Tribunal Constitucional señalando que "muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y, en este sentido, se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. (…) Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales (Fj. 8)".

En primer lugar, define lo que se entiende por "contenido esencial", señalando que "es aquella parte del contenido de un derecho sin el cual este pierde su peculiaridad, o dicho de otro modo, lo que hace que sea recognoscible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga (Fj. 10)".

En segundo lugar, otra posibilidad para definir el contenido esencial de un derecho es tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo de los derechos subjetivos. En este caso, es posible hablar de una "esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo

hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"[561].

Frente a esta segunda vía, el Tribunal recalca que ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado, pudiendo el legislador introducir limitaciones o condiciones de ejercicio del derecho, siempre que con ello no rebase su contenido esencial (Fj. 9). El art. 53 de la CE permite que el legislado regule las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, es decir, que los procedimientos y formalismos no sean arbitrarios y cuyo objeto sea proteger los bienes e intereses constitucionalmente protegidos para que no sean rígidos o difíciles de cumplir haciendo imposible el ejercicio del derecho (Fj. 15).

En el año 2020, el Tribunal Constitucional precisó la titularidad, objeto, contenido y límites de los derechos en la Constitución española al pronunciarse respecto a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter General en su sentencia 292/200[562]. La Magistratura Constitucional señalaba explícitamente en su Fj. 15 que "la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica".

Los problemas del contenido esencial de derechos se generan a la hora de definir sus contornos, es decir, la limitación específica que tiene el legislador para modular las condiciones, formas y afectaciones del ejercicio de un derecho, respetando obligadamente

[561] El Tribunal Constitucional, en el caso revisado (STC 11/1981) en su Fj. 8, señala que "Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por 'contenido esencial' de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por, una u otra vía, pueda llegarse. De este modo, en nuestro caso lo que habrá que decidir es la medida en que la normativa contenida en el Real Decreto-Ley 17/77 permite que las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga se trata de satisfacer."

[562] Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre. (Recurso de Inconstitucionalidad). Esta sentencia pretende la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de Datos de Carácter General.

el núcleo mínimo indisponible del derecho, por lo que en cada actuación se debe determinar si el legislado ha invadido este núcleo intangible[563].

En su fallo STC 115/1987, el Tribunal Constitucional español enfatizó las limitaciones al legislador en la regulación de los derechos constitucionales del extranjero, incluso en los casos en que el legislador podría estar legitimado para establecer un régimen distinto para los inmigrantes, como los derechos de reunión y manifestación (y más tarde los derechos de asociación y tutela judicial)[564].

En el caso en cuestión, respecto al art. 22 de la CE, la Magistratura Constitucional señaló que el problema al que se enfrenta en si el legislador es si ha respetado o no el contenido esencial del derecho de asociación en relación a las personas extranjeras, para lo cual recurre a la interpretación de la misma norma; que en su numeral 4 señala que las *asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de una resolución judicial motivada,* estableciendo así "una garantía del derechos de asociación no prevista en tales términos en tratados Internacionales suscritos por España en la materia. Este mandato del art. 22.4 constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio (Fj. 3)".

Los votos particulares de los magistrados don Francisco Rubio Llorente, don Francisco Tomás y Valiente y don Fernando García Mon señalan que "el art. 13.1 desempeña una función esencial que es ignorada en el razonamiento adoptado por la mayoría. En ese razonamiento, en efecto, ese precepto constitucional queda totalmente vacado de contenido, pues es claro que si su significado se redujese, como se pretende, a la habilitación al legislador para modular o regular de manera distinta los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en relación con los de los españoles, pero sin traspasar en ningún momento los límites implícitos o explícitos que el contenido constitucionalmente garantizado de estos derechos ha de tener, el precepto en cuestión resultaría perfectamente superfluo, pues la posibilidad de esa regulación diferenciada se deduce ya 'a contrario' del art. 14 de la CE, que se refiere solo a los españoles el principio de igualdad ante la Ley".

[563] LÓPEZ GUERRA, L., op. cit., p. 403.
[564] ROIG, E., op. cit., p. 593.

Esto se traduce en que las libertades públicas de reunión y asociación no pueden ser suprimidas a los extranjeros por el legislador, porque sería vulnerar el art. 13.1. CE, pero no impide que pueda configurarlas incluso excluyendo genéricamente o reduciendo su contenido, por ejemplo a los españoles.

2.4.3. Delimitaciones y límites a los derechos fundamentales

Existen dos elementos que expresan la esencia del derecho y, por tanto, su más alto grado de complejidad. Estos son representados por el objeto, es decir, el bien jurídico protegido, y su contenido: el conjunto de facultades que se le atribuyen al titular. El contenido supone la especificación jurídica del primero, del objeto. Por ejemplo, en el derecho a la libertad de circulación de las personas, el bien jurídico es, como su nombre lo indica, la libertad de movilidad: la libertad ambulatoria, de desplazamiento; mientras que su contenido se compone del conjunto de limitaciones impuestas a este y a la capacidad de reacción que tenga el titular del derecho frente al incumplimiento de las privaciones, restricciones o prohibiciones del mismo.

El resultado de la determinación del conjunto de todos los elementos que constituyen un derecho es lo que se conoce por la "delimitación del derecho": operación que consiste en exponer la composición de todos y cada uno de ellos, es decir, establecer donde empieza y acaba ese derecho, lo que significa que ese derecho tiene unos límites, o en otras palabras, que ese derecho no es absoluto[565].

El Tribunal Constitucional español ha dejado claro que los derechos no son absolutos, incluso en el caso del derecho a la vida, el cual puede tener una configuración legal y delimitada, por ejemplo, en el caso de la eutanasia[566].

Es importante comprender que la delimitación de un derecho afecta básicamente a la determinación del objeto y su contenido. Los límites, por el contrario, dicen relación con

[565] APARICIO PÉREZ, M., op. cit., p. 609.

[566] Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo de 2023. (Recurso de Inconstitucionalidad). Esta acción fue interpuesta por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, Fj.6. Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2023, de 12 de septiembre de 2023 (Recurso de Inconstitucionalidad).

todos los referentes de origen diverso que marcan restricciones a los que el derecho se haya sometido. Aun así, existen algunos límites denominados "inmanentes", que no constituyen restricciones del derecho, sino simples señales indicativas de dónde acaba el derecho por su propia estructura. Los auténticos limites son los límites externos que nacen como restricción del derecho, ya sea porque la norma constitucional o los poderes públicos han introducido, legítimamente, alguna reducción de ese contenido estructural[567].

La delimitación de los derechos, como se indicó anteriormente, conlleva la concreción de determinación en cada uno de sus elementos, decir titular, objeto, contenido y sujeto pasivo obligado.

En este sentido, como ha señalado el profesor Marco Aparicio Pérez, "para dar vida al bien jurídico de que se trate (objeto) el derecho proporciona al titular un haz de facultades, posibilidades de acción, garantías y medios (contenido). Este conjunto de poderes jurídicos que el contenido comprende ha de venir determinado por la Constitución, y como tal, no debiera poder ser restringido por la intervención de ningún poder público (legislativo, ejecutivo o judicial)[568].

No es objeto de esta tesis revisar cada una de estas hipótesis en la delimitación de un derecho, sino más bien revisar aquellos derechos cuya configuración constitucional sea más compleja de elaboración respecto a la persona extranjera.

En materia de límites, el Tribunal Constitucional ha señalado que "la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones, el límite del derecho deriva de la Constitución solo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos"[569].

[567] APARICIO PÉREZ, M., op. cit., p. 609.
[568] Ibidem, p. 610.
[569] STC 11/1981, Fj. 7. Como se postuló anteriormente, en esta sentencia el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto a la constitucionalidad de diversos preceptos del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos en el trabajo.

Frente a esta explicación, se plantea una nueva interrogante que se abordará a lo largo de esta investigación. El problema suscitado plantea la duda de la existencia, en el sistema constitucional español, de una habilitación general para que el legislador pueda imponer límites a los derechos, y por otro lado, hasta dónde puede llegar en la imposición de esos límites. En los supuestos que se encuentre habilitado para hacerla, ¿qué reglas debe seguir?

La respuesta a estas dudas se encuentra en el art. 53.1 de la CE, como ya se planteó anteriormente, en la garantía de la reserva de ley y el respeto del contenido esencial. Cualquier restricción a los derechos constitucionalmente consagrados, solo puede afectarse en defensa de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos[570].

La necesidad de respetar el contenido social se presenta como un límite a los límites. Esto significa que el legislador puede tener más o menos la inclinación de establecer límites a los derechos dentro del marco de la Constitución; sin embargo, su capacidad para establecer lo que es el contenido intangible e indisponible de todo derecho se constituye como un límite[571].

3. La interpretación constitucional de la titularidad de derechos de los extranjeros

La interpretación constitucional participa de los problemas generales de la interpretación jurídica presentando, además, peculiaridades y dificultades específicas derivadas de sus elementos: el objeto, la función de los órganos jurisdiccionales y sus efectos sobre el ordenamiento[572].

Las normas constitucionales presentan generalmente una estructura más abierta y menos detallada o concreta que las disposiciones de otros sectores del ordenamiento. Así, mientras la estructura normativa de la ley y los reglamentos suele responder a una configuración de reglas, las normas constitucionales presentan normalmente una

[570] Sentencia Tribunal Constitucional 2/1982 (Sala Primera), de 29 de enero de 1982 (Recurso de Amparo 41/1981); Sentencia Tribunal Constitucional 201/1997 (Sala Primera), de 25 de noviembre de 1997 (Recurso de Amparo 804/1995); y, Sentencia Tribunal Constitucional 161/2001 (Sala Primera), de 5 de julio de 2001 (Recurso de amparo 3314/98).
[571] APARICIO PÉREZ, M., op. cit., p. 612.
[572] Ibidem, p. 323.

estructura de principios de programación finalista. Si la mayoría de las normas posee un núcleo de certeza y una sombra o zona de penumbra; en las normas constitucionales esto tiende a ser más amplio que en el resto de los sectores del ordenamiento. Esta diferencia obedece a que la Constitución no pretende ser expresión de una regularidad de comportamientos sociales, sino que pretende fijar unos mínimos a partir de los cuales la sociedad se auto dirige políticamente[573].

En este sentido, tal como señala Peter Häberle[574]:

> "Los principios de la interpretación constitucional se diferencian de los métodos de interpretación, en cuanto representan vías de acceso al contenido material de la Constitución, porque tienen también un contenido material junto con una parte formal. Su relación con los métodos permanece, si bien deben diferenciarse al mismo tiempo de ellos. En general, se puede constatar aquí la intensidad con la que contenidos materiales, métodos y principios actúan conjuntamente en la interpretación constitucional".

El autor Antonio Ibáñez Macías ha establecido tres reglas interpretativas para la determinación de la titularidad de las personas extranjeras en la Constitución española,[575] que resulta bastante interesante para esclarecer el reconocimiento de las personas extranjeras como sujetos de derechos.

En primer lugar, el autor utiliza una primera regla de interpretación denominada "derechos universales", en la cual, utilizando dos criterios interpretativos como el literal de los términos y enunciados normativos constitucionales y los tratados internacionales como canon de interpretación recogida en el art. 10.2 de la CE, permite comprender que "si un derecho se reconoce literalmente en la Constitución y/o tratados internacionales

[573] Ídem.
[574] HÄBERLE, Peter. "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. 2010. Año 7, no. 13, p. 405.
[575] IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española. Una interpretación lógica-sistemática", en *Revista Vasca de Administración Pública*. 2009. N.° 114, pp. 110 y ss.

sobre derechos humanos ratificados por España a todas las personas, entonces debe reconocerse a todas las personas físicas"[576].

Esta regla es factible toda vez que la constitución tenga cláusulas generales en materia de titularidad de derechos en algunos casos, utilizando los vocablos "todas las personas", "los particulares", "nadie", "españoles" y "extranjeros" entre otros.

En segundo lugar, la regla de los derechos no excluyentes, que básicamente se traduce en que si un derecho se reconoce expresamente a un colectivo (por ejemplo a los españoles, a los ciudadanos), ello no implica que se excluya de su titularidad a personas no integradas en ese grupo o colectivo: por ejemplo, los no españoles o los no ciudadanos[577]. Este sería el caso del principio de igualdad contenido en el art. 14 CE, cuya titularidad se reconoce solo a los extranjeros pero que, mediante una interpretación normativa, se extiende a las personas no españolas, es decir, a los extranjeros.

Por último, la tercera regla interpretativa que señala el autor hace alusión a la existencia de derechos exclusivos y excluyentes. De acuerdo a estas reglas, solo las personas que pertenezcan al grupo o categoría señalada en el enunciado normativo pueden ser titulares exclusivos del derecho, por la propia naturaleza o contenido del mismo[578]. A modo de ejemplo, es posible señalar el derecho al asilo reconocido en el art. 13.4 CE que, dada su propia naturaleza y configuración, no puede ser ejercido por españoles dentro del territorio nacional.

Para Eduardo Roig, el debate es meramente terminológico, puesto que la mayor parte de la limitación a los derechos fundamentales provoca que su ejercicio se someta por completo a alguna condición y, por lo tanto, signifique la exclusión del colectivo que no cumple esa condición. Este es precisamente el caso de la normativa de extranjería, al condicionar determinados derechos a autorizaciones administrativas. Por lo tanto, la exigencia de determinados requisitos no hace sino privar de sus derechos a los extranjeros

[576] Ibidem, p. 110. Esta regla no podría ser aplicada a las personas jurídicas, ya que existen derechos que no pueden tener las personas jurídicas como el derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad, etc.
[577] Ibidem, p. 112.
[578] Ibidem, p. 113.

que no cumplan estas exigencias, como el caso de aquellos extranjeros que se encuentren en una situación migratoria irregular[579].

Para la profesora M.ª del Camino Vidal Fueyo, hoy en día no existe una interpretación clara y unívoca del Tribunal Constitucional al respecto. "Las dificultades de interpretación tienen un origen muy concreto: el tenor literal del art. 13.1 CE"[580]. En este orden de ideas, la autora, realizando una interpretación sistemática de la Constitución, llega a la conclusión de que "la titularidad subjetiva de los derechos fundamentales se extrae de cada uno de los preceptos constitucionales que los consagran, interpretados atendiendo no tanto a su tenor literal, aunque diste de ser totalmente irrelevante, como al conjunto de valores constitucionales y a los contenidos de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por España, tal y como exige el art. 10.2 CE".

De manera que la fuente de los derechos fundamentales está para los extranjeros, igual que para los españoles, no en el art. 13.1 CE, sino en el conjunto del texto constitucional (particularmente en el Capítulo segundo del Título primero)"[581]. De esta manera, un derecho fundamental que en principio no se encuentra reconocido para los extranjeros, tras la mediación de la ley o del tratado internacional, en los términos que establezca, se convierte en un derecho para ellos, como por ejemplo el art. 23 CE**.**

Este criterio interpretativo fue recogido en la LODYLE en su art. 3 extendiendo, además de la interpretación conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados internacionales, el ejercicio de derechos reconocidos en esa ley en igualdad con los españoles.

4 . La doctrina de la clasificación de derechos de los extranjeros

El Tribunal Constitucional ha desarrollado, a lo largo de su magistratura, una jurisprudencia relativa a la titularidad de derechos de las personas extranjeras en España,

[579] ROIG, E., op. cit., p. 602.
[580] VIDAL FUEYO, M., "*El régimen jurídico*…", op. cit., p. 67.
[581] Ibidem, p. 71.

clasificando los grados de mayor o menor intensidad de titularidad y ejercicio en atención a los derechos a que se refiere.

Así, el TC, conociendo de un recurso de amparo en contra de la Tribunal del Trabajo en su sentencia 107/1984[582], no solo determinó si, desde el punto de vista constitucional, los ciudadanos extranjeros debían ser tratados igual que los españoles en relación con la contratación laboral, sino que, además, realizó una serie de consideraciones generales en torno al estatuto constitucional de los extranjeros que van a constituir el punto de referencia de la doctrina y la jurisprudencia en esta materia[583].

En esta sentencia, todo el estatuto constitucional del extranjero se remite a la ley, señalando sobre los derechos de los extranjeros: "son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido son derechos de configuración legal (Fj. 3)". Esto conlleva a la exclusión absoluta del régimen de extranjería del ámbito de aplicación del principio de igualdad en cuanto a la comparación entre españoles y extranjeros, afirmándose que "la desigualdad resultante en relación con los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional y no porque se encuentre justificada en razones atendibles sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato"[584].

En términos más sencillos, el Tribunal realizó una lectura amplia de la expresión "libertades públicas"[585] contenida en el artículo 13.1 CE, encontrándose, en primer lugar, con el problema de la determinación de cuándo, de qué modo y con qué límites podrán gozar tales derechos y libertades los extranjeros en España y, en segundo lugar, con el problema de la configuración legal de los derechos de los extranjeros[586].

---

[582] STC 107/1984 (Ver nota 573)
[583] VIDAL FUEYO, M., op. cit., p. 53.
[584] ROIG, E., op. cit., p. 588.
[585] En el sentido de la expresión de "libertades públicas" la jurisprudencia constitucional española al principio inclinándose a interpretación amplia del término libertad pública utilizado el primer apartado artículo 13.1 CE. refiriéndose con carácter general a todos los derechos fundamentales reconocidos en el Titulo I. En este sentido la titularidad es considerada a favor de los extranjeros de muchos de estos derechos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no aporte ningún argumento que avale tal interpretación específica todos y cada uno de los derechos fundamentales que son titulares los extranjeros ni sus regulaciones de ser igual en todos los casos la de los españoles junto a la posición mayoritaria por lo tanto y sostenemos que la expresión libertades públicas debe entenderse en un sentido amplio. Véase VIDAL FUEYO, M., "*Constituciones*…", op. cit., pp. 72 y ss.
[586] Fj.3. Se efectuará la medida que lo determine el tratamiento nacional en la ley interna española y conforme con las condiciones contenido proyecto en tales normas de modo que la igualdad es igualdad la titularidad y ejercicio anterior y libertad dependerá de su propia previsión constitucional de la ley de voluntad propia o la ley.

El Tribunal señaló que la igualdad o desigualdad respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos del Título I, por parte de extranjeros, dependerá de los tratados internacionales y la ley. Posteriormente, estableció una distinción entre el contenido de los derechos que será configurado por el legislador, pero sin precisar el alcance de tal configuración y protección. Es decir, el TC va a constitucionalizar la configuración llevada a cabo por el legislador, lo que llama la atención, toda vez que ningún derecho fundamental puede ser completamente de configuración legal.

El Tribunal expresamente utiliza la expresión "derecho de configuración legal" para referirse al derecho fundamental de los extranjeros. Tras afirmar que todos los derechos fundamentales de los extranjeros son de configuración legal, atribuye al legislador un diferente grado de vinculación sobre el derecho ante el que se encuentre. En este punto es posible determinar que existe un contenido (sea el mínimo derivado del propio texto constitucional) que el legislador ha de respetar y, por lo tanto, esta supuesta libertad de configuración legal que se encontraría en los derechos, estaría limitada por lo previsto del art. 53.1CE, por lo que no existiría ninguna diferencia con el régimen general de derechos fundamentales. Por lo tanto, la mayoría de estos derechos corresponden a derechos directamente ejercitables[587].

De esta manera, nació la clasificación tripartida de los derechos de los extranjeros, distinguiendo primero aquellos derechos que pertenecen a extranjeros en condiciones de igualdad con los nacionales; en segundo lugar, aquellos derechos que en ningún caso pueden pertenecer a los extranjeros ni tan solo por prohibición legal (como los contenidos en el art. 23 CE); y por último, aquellos derechos cuyo ejercicio por parte de los extranjeros podrán ser sometidos a diferencia de trato con los españoles[588].

Visto de otro modo, hablamos de derechos en los que la titularidad está excluida a los extranjeros ―como el derecho a sufragio activo y pasivo, excepto en las elecciones locales (salvo principio de reciprocidad)―; derechos en los cuales en ningún caso cabe un régimen de ejercicio diferenciado entre españoles y, por último, los derechos donde

[587] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., pp. 53 a 56.
[588] ROIG, E., op. cit., p. 589.

caben alguna distinción si el legislador lo estima necesario, vinculados más o menos con la dignidad o como algunos autores llaman "atemperados"[589].

Esta sentencia viene a transformar una comprensión original del artículo 13 de la CE como mera habilitación (y por ende reserva legal), para constituirlo en una norma que pone de manifiesto la existencia de un estatuto constitucional del extranjero protegido frente al legislador, iniciando un proceso de identificación progresiva de un derecho constitucional material de la extranjería. Un proceso que, como se comprobará, se encuentra íntimamente vinculado con el progresivo desarrollo de los instrumentos internacionales de protección de derechos de los extranjeros.

Dos años después, en la sentencia 115/1987 (cuyo objeto fue un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo Europeo respecto a algunos artículos de la LO 7/1985), el Tribunal Constitucional afirmó que el problema que plantea no se refiere a si es posible esta diferencia de trato en el ejercicio del derecho entre extranjeros y españoles (cuestión que el TC deja abierta), sino que apunta a si el legislador ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el art. 21 CE sobre el derecho de reunión pacífica y sin armas, también para los extranjeros"[590].

El TC no entra en consideraciones generales sobre el alcance de los derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros en la CE. Sin embargo, a partir del análisis de los preceptos de la LO, objetos de la impugnación en el recurso (derecho de reunión, derecho de asociación, derecho a la tutela judicial efectiva detención del extranjero con carácter preventivo), es posible desprender su posición frente a los extranjeros. De esta forma, el TC considera que el art. 13.1. CE reconoce al legislador la posibilidad de establecer límites específicos al ejercicio de algunos derechos fundamentales por parte de los extranjeros: "pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando este ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros (…) una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa

[589] APARICIO WILHELMI, M., "*Presupuestos*…", op. cit., p. 199.
[590] ROIG, E., op. cit., p. 593.

autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales. (Fj.3)" [591].

El Tribunal enfatizó las limitaciones al legislador en la regulación de los derechos constitucionales de los extranjeros aplicando la garantía del contenido esencial, la cual también se aplica a los extranjeros. Aquí se genera un cambio jurisprudencial, en tanto se concibe "la determinación del contenido esencial del derecho a partir de las finalidades del propio derecho y de las actuaciones legitimas de limitación de este en función de las finalidades propias de la actuación limitadora, propias de la política de extranjería"[592].

Es posible constatar este cambio jurisprudencial en el voto particular de los magistrados don Francisco Rubio Llorente, don Francisco Tomás y Valiente y don Fernando García Mon[593]. En primer lugar, los magistrados se refieran al uso de la locución "libertades públicas" que usa el art. 13.1 CE, señalando que "también los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que son inherentes a la dignidad humana para utilizar la expresión empleada en las sentencias SSTC 107/1984 y 93/1985. Significa que el legislador español está obligado a otorgar a los extranjeros que viven legamente en España el uso de las libertades públicas que garantiza el título I, pero también que esas libertades no tienen otro contendido que aquel que establezcan los tratados y la ley".

En segundo lugar, las libertades públicas, dentro de las cuales hay que incluir (sin duda alguna) las de reunión y asociación, "no pueden ser suprimidas a los extranjeros por el legislador, que actuaría al hacerlo contra el inciso inicial del art. 13 CE, pero no impide que el legislador pueda configurarlas del modo que juzgue más adecuadas, excluyendo de su disfrute a conjuntos determinados genéricamente, reduciendo su contenido a solo una fracción del que esa misma libertad tiene cuando se predica de los españoles".

Por último, el legislador español puede verse limitado a regular las libertades públicas de los extranjeros, pero esos límites "no derivan de los enunciados constitucionales que

[591] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., p. 117; ROIG, E., op. cit., p. 593.
[592] ROIG, E., op. cit., p. 594.
[593] Sentencia Tribunal Constitucional 115/1987, del , Sentencia de 07 de julio de 1987 (Recurso de Inconstitucionalidad).

consagran las libertades públicas de los españoles sino de los tratados internacionales, bien porque estos imponen un trato especial para los nacionales de Estados determinados, bien sea porque obligan al Estado español en relación con todos los extranjeros, sea cual fuere su origen. Estos límites que nacen del texto de los arts. 13.1 y 10.2 de la CE".

Al tomar en consideración ambas sentencias (SSTC 107/1984 y 115/1987)[594] es posible determinar, *a priori*, una clasificación de los derechos de los extranjeros en España que, de acuerdo a esta investigación, no se considera acertada en cuanto a la titularidad de derechos. En primer lugar, están los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros; en segundo lugar, están los derechos que son predicables tanto por españoles como extranjeros y cuya regulación legal ha de ser igual para ambos; en tercer lugar, están los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación legal, siempre que se respete su contenido, podrá ser distinta para uno u otros; y en cuarto lugar, están los derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes.

Pero siguiendo con lo señalado por M.ª del Camino Vidal Fueyo[595]:

> "Esta clasificación resulta extremadamente arriesgada, ―y ello sin poner en duda el indiscutible fundamento axiológico de los derechos, pero precisamente por ello― pues la eventual cercanía o lejanía de los derechos con respecto a la 'dignidad de la persona' no puede graduarse con precisión matemática y nos acercamos a una idea de 'pre' y 'meta' constitucional, que descansa en argumentos poso consistentes desde una perspectiva estrictamente jurídica. Por eso, resulta muy arbitraria cualquier gradación, cualquier clasificación de los derechos fundamentales en función de su mayor o menos proximidad con las exigencias derivadas de tal dignidad".

Con posterioridad a la sentencia dictada en el año 1987, el TC mantuvo su línea jurisprudencial, pronunciándose recién en materia de derechos constitucionales en el año 1993, refiriéndose a la extensión de los derechos a residir y circular por el territorio

[594] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., pp. 120 y ss.
[595] VIDAL FUEYO, M., "*El régimen jurídico*…", op. cit., p. 69.

español en favor de los extranjeros que hayan entrado legalmente a España, así como recurrir a la suspensión de las órdenes de expulsión[596].

5. Criterios del Tribunal Constitucional respecto a varios regímenes de titularidad de derechos por los extranjeros

5.1. El criterio del vínculo con la dignidad humana en la Constitución española

La Constitución española reconoce la dignidad de la persona como fundamento de orden política y de la paz social en su art. 10.1 CE. La dignidad humana es el fundamento de la legitimación del orden político español en su conjunto, convirtiéndose este precepto en el principio rector supremo del ordenamiento jurídico en la clase o en el núcleo de todo el sistema de valores constitucionalmente establecidos[597]. En el contexto europeo el CEDH no incluye ninguna mención a la dignidad y el TEDH apenas la utiliza[598]. El TC español tampoco ha sido claro en la determinación del concepto de dignidad. En algunos casos, es considerada un valor espiritual e inherente a la persona[599].

[596] Sentencia Tribunal Constitucional 94/1993 (Sala Primera), de 22 de marzo de 1993 (Recurso de amparo 1.744/1989). En la demanda se solicita que se declare la nulidad del acto administrativo recurrido, reconociendo el derecho que asiste a la actora a la libre circulación por España y a fijar su residencia aquí, a un trato igual, y a no sufrir indefensión. Por otrosí solicita la suspensión de la orden de expulsión recurrida, suspensión que se ha decretado en la vía judicial previa y que viene avalada, en todo caso, por el hecho de que la entrada en territorio nacional fue legal.

[597] MARÍN CASTÁN, María Luisa. "La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales", en *Revista de Bioética y Derecho*. 2007. N.° 9, p. 5. Sin embargo, el artículo 1.1 de la Constitución no menciona la dignidad de la persona entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, lo que ha sido motivo de discusión y ha generado polémica en la doctrina científica que se ha vinculado, por lo demás, al amplio debate académico que denunciaba la imprecisión terminológica en que incurre el propio texto constitucional, en lo relativo a la utilización que en él se hace de las "categorías" y "principios" o al "uso polivalente" y no siempre uniforme de estos últimos. Tales problemas semánticos y conceptuales se agudizan, ciertamente, con la inclusión de categorías como la dignidad de la persona que, aducidas por la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social, no se le reputa valor superior ni principio, sino literalmente "fundamento", lo cual complica aún más las cosas. Por ello, han abundado opiniones que sostienen que la dignidad de la persona ha sido devaluada en esta Constitución. Así, desde estas posiciones se sostiene que su ubicación exacta como fundamento ontológico de los demás valores, hubiese correspondido al Art. 1.1 donde se "propugnan" los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de derecho y que, además, en el enunciado de la frase su lugar es el primero, por serlo no solo en sentido ontológico, sino también lógico.

[598] MOYA MALAPEIRA, David. "El principio de dignidad de las personas extranjeras en España y su aplicación en el ámbito de las privaciones de libertad. Algunas notas", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. 2016. N.° 61-62.

[599] Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril de 1985 (Recurso de Inconstitucionalidad 800/1983). Esta sentencia declara disconforme con la constitución el proyecto de ley orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del código penal. (Despenalización del aborto).

Tal como señala el profesor David Moya, "situar a la dignidad como un marco dentro del cual se desarrolla el ejercicio de los derechos fundamentales contribuye a difuminar la función de la dignidad, aunque reforzaría la naturaleza como valor de esta, por ese levado grado de indefinición y su caracterización como marco general orientador"[600]. En algunos casos, el Tribunal le otorga la condición de principio, constituyéndose en un parámetro de los derechos fundamentales o en un canon interpretativo pero sin acabar de precisar la naturaleza jurídica de la dignidad.

La dignidad humana ha sido considerada en otras ocasiones por el TC como un límite a otros derechos (vinculándola como una garantía); y también como parámetro de interpretación del alcance de los derechos y con un contenido material concreto, especialmente en los casos de propagación del odio racial[601].

Desde la óptica de la discusión en torno a la titularidad de derechos de los extranjeros y su vinculación con la dignidad, cabe destacar aquella precisión que señala que "puede parecer extraño incorporar a dicho debate la perspectiva del derecho de extranjería, sin embargo, precisamente en este ámbito se han adoptado una serie de sentencias que ponen en el centro del sistema el reconocimiento de la dignidad humana como fundamentación de los derechos de los extranjeros, y que permite contrastar, desde una perspectiva adicional y en clave muy práctica, la conceptualización del derecho a la dignidad[602].

En materia de extranjería, la dignidad humana, junto con el principio de igualdad, han resultado muy útiles, a efecto de la determinación de la titularidad de derechos de los extranjeros, incluso para complementar sus elementos y las condiciones de ejercicio, así como sus límites y garantías, como se presentará a continuación[603].

5.2. El criterio de igualdad constitucional

En el derecho español, los ideales de igualdad recién fueron plasmados expresamente entrado el siglo XX con la aprobación de la Constitución republicana de 1931. Las cartas

[600] MOYA MALAPEIRA, "*El principio*…", op.cit., p. 46.
[601] MOYA MALAPEIRA, "*El principio*…", op.cit., p. 47.
[602] Ibidem, p. 42.
[603] Ibidem, p. 42.

constitucionales anteriores solamente observaron concreciones aisladas y genéricas de la igualdad[604]. Sin embargo, todas las constituciones españolas del siglo XIX, exceptuado la Constitución de 1812, reproducían la declaración de que "todos los españoles pueden acceder a los empleos y cargo públicos según su mérito y capacidad" (artículo 5 de la Constitución de 1837; artículo 5 de la Constitución de 1845, artículo 27 de la Constitución de 1869 y artículo 15 de la Constitución de 1876)[605].

La Constitución republicana de 1931 contenía el precedente más influyente de la regulación actual en materia de igualdad[606]. Se reconoció del principio de igualdad y no discriminación a través de varios de sus preceptos. El artículo 2 proclamaba la igualdad ante la ley de todos los españoles; el artículo 25 recogía la prohibición de discriminación por determinadas circunstancias (como la naturaleza, filiación, sexo, clase social, riqueza, ideas y creencias políticas).

En la Constitución de 1978, se consagró el principio de igualdad y no discriminación en el artículo 14, dando inicio al Capítulo II del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos fundamentales y las libertades públicas señalando que *los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

Este artículo consta de un único apartado en el que se recogen simultáneamente los principios de igualdad y no discriminación. Recoge el principio genérico de igualdad, al tiempo que establece un mandato antidiscriminatorio específico[607].

La Constitución de 1978 no ofrece una definición o concepto del principio y derecho de igualdad y no discriminación, por lo que su construcción ha sido desarrollada por el

[604] Sobre Historia Constitucional de España, véase: Constituciones Españolas de 1812 a 1878 Disponible en https://www.congreso.es/cem/constesp1812-1978; PEÑA GONZALEZ, José. *Historia política del constitucionalismo español*. Madrid: Editorial Dykinson, 2006; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Las Constituciones históricas españolas: un análisis histórico-jurídico*. Madrid: ICAI, 1982.
[605] GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ Pedro. *El principio de igualdad y no discriminación. Una perspectiva comparada. España*. Bruselas: EPRS Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2020.
[606] La Constitución Republicana de 1931 fue el primer texto constitucional en reconocer expresamente el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Véase CAMPOAMOR, Clara. *El Derecho de la Mujer*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
[607] GONZÁLEZ-TREVIJANO,SÁNCHEZ, P., op. cit., pp. 8 y ss.

Tribunal Constitucional configurando jurisprudencialmente su alcance, naturaleza y límites[608].

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 200/2001[609] recalcó que "el art. 14 CE no solo reconoce la igualdad como principio, sino también como el derecho de la persona a no ser tratado desigualmente. El art. 14 CE es, al tiempo, fundamento y complemento de las reiteradas llamadas a la igualdad en el texto constitucional. Disfruta así de un valor propio a través de su configuración como derecho fundamental de la persona, y como exigencia de razonabilidad de las distinciones normativas. La "cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley" se estructura, por tanto, como un principio general de igualdad, pero también "como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual".

En el caso español, si bien la CE excluye a los no nacionales de la titularidad del derecho subjetivo a la igualdad, respecto al contenido y en la aplicación de la ley que se recoge del art. 14 CE desaparecería la posibilidad de llevar a cabo un juicio de igualdad cuando los términos de comparación sean entre extranjeros y nacionales. En otros términos "la extensión de la titularidad del derecho subjetivo a la igualdad es condición de posibilidad de llevar a cabo un juicio de igualdad entre nacionales y extranjeros"[610]. Si no existiera esta titularidad, la ley podría introducir la nacionalidad como un factor de diferenciación sin un parámetro de razonabilidad. Esto es, a juicio del profesor Rubio Llorente, la igualdad jurídica: un criterio racional para poder determinar que desigualdades son tolerables y bajo que circunstancias[611].

En la ya citada sentencia 107/1987, el TC señaló expresamente que la inexistencia de una declaración que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es argumento bastante para considerar resuelto el problema, pues no es únicamente el art. 14 CE el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos, sin

[608] Ibidem, pp. 72 y ss.
[609] Sentencia Tribunal Constitucional 200/2001 (Pleno), de 4 de octubre de 2001 (Cuestión interna de inconstitucionalidad). Esta sentencia, cuyo origen es la cuestión interna planteada por la Sala Primera, revisa el artículo 41.2 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.
[610] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., p. 159.
[611] RUBIO LLORENTE, F., "*La forma*…", op. cit., p. 659

los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España (Fj. 3).

Si bien el tenor literal del art. 14 CE se refiere exclusivamente a los españoles, este precepto debe interpretarse armónicamente con otros artículos de la Constitución, como el art. 1.1 que establece la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico; el art. 23.2 sobre la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos y la remisión del art. 10.2 a los textos internacionales que predican una igualdad básica y universal para todos los seres humanos, como veremos más adelante[612].

El derecho a la igualdad jurídica se ejerce siempre en el contexto de una relación jurídica subjetiva, es decir, en el ejercicio de otro derecho o en el cumplimiento de una obligación, por lo que el derecho a la igualdad de los extranjeros no puede ser estudiado en abstracto, sino que en el contexto del ejercicio de la titularidad de derechos que les corresponda[613].

El precepto en cuestión establece criterios de diferenciación que devienen "sospechosos" como el nacimiento, la raza, el sexo, religión, opinión pública o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. En este último caso, la extranjería pasa a formar parte de esos criterios sospechosos cuando la igualdad se plantea en relación con el ejercicio de aquellos derechos fundamentales cuya titularidad se extiende *ex constitutione* también a los extranjeros, lo que exige que este factor diferencial de la extranjería sea un mayor control de su razonabilidad y objetividad para establecer la distinción. *A contrario sensu*, si hablamos de aquellos derechos que la Constitución no reconoce directamente a los extranjeros, pero tampoco los niega, el tratado o ley correspondiente puede extender sin inconvenientes su titularidad a los extranjeros incorporando las diferencias que estime pertinentes. Ahora, esta extensión incluye todos los mecanismos extraordinarios de protección que la CE reconoce a los españoles si se violase el derecho a la igualdad en el ejercicio de este[614].

La igualdad constitucional tiene, por tanto, una triple dimensión: se trata de una exigencia objetiva del orden jurídico en su forma y en su contenido, es condición de la regularidad

[612] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., pp. 160 a 161.
[613] Ibidem, p. 164.
[614] Ibid., p. 167.

del goce y ejercicio de los demás derechos fundamentales y, por último, es una garantía de la persona como derecho fundamental en sí[615].

De acuerdo con la STC 209/1988[616] "la igualdad ha de valorarse, en cada caso, teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecta". El principio de igualdad constituye un derecho subjetivo cuando se invoca en la creación o aplicación de un enunciado jurídico concreto; o cuando estamos ante un principio del que se derivan titularidades subjetivas concretas en forma de derechos en relación con objetos y sujetos determinados. El hecho de que la igualdad no pueda realizarse en abstracto, y que deba referirse a situaciones fácticas o relaciones jurídicas específicas, no es razón para negar su carácter de derecho subjetivo, pues ese principio está estrechamente vinculado a la dignidad de los seres humanos, que es fundamento último del orden político y la paz social (art. 10.1CE).

Por otro lado, el mandato antidiscriminatorio del art. 14 CE parte de la constatación de que ciertos grupos o colectivos de personas han sido tradicionalmente marginados o tratados de modo peyorativo. Primero, plantea quiénes son titulares del derecho a la igualdad y a la no discriminación. De acuerdo con una interpretación gramatical del art. 14 de la CE, sus dos primeras palabras se refieren explícitamente al titular del derecho a la igualdad ante la Ley: "los españoles".

Esa inequívoca fórmula podría dar pie, en principio, a excluir a los extranjeros de dicho derecho fundamental. Sin embargo, la lectura del precepto ha de realizarse de modo integrado con la idea de la dignidad de toda persona, con independencia de su nacionalidad, y conforme al bloque integrado por la Constitución y los tratados y declaraciones internacionales suscritos por España. En este sentido, los extranjeros que se encuentran en territorio español son asimismo titulares de los derechos que

[615] GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., op. cit., pp. 72 y ss.

[616] Sentencia Tribunal Constitucional 209/1988, de 10 de noviembre de 1988. (Recurso de amparo 752/1985). Esta sentencia se origina gracias a un Recurso de Amparo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, respecto a la diferenciación de trato contributivo respecto a la capacidad económica de los contribuyentes casados que hacen su declaración del impuesto a la renta por separado. El TC reconoce al recurrente el derecho a no ser discriminado fiscalmente por el hecho de haber contraído matrimonio y a hacer por separado su declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 1980.

corresponden a la persona en cuanto tal (es decir, no como ciudadanos) y que son imprescindibles para la garantía de la dignidad del ser humano.

Frente a la situación de la igualdad de titularidad de derechos entre extranjeros y españoles, es menester plantear las siguientes interrogantes para dar con una conclusión respecto a esta cuestión: ¿existe o no diferenciación constitucional entre extranjeros y españoles? En caso de que exista, ¿cuáles son esas diferencias y porque el constituyente ha decidido plasmarlas en la Constitución? Si no existieran tales diferencias, y por ende, la diferenciación se genera en el plano legal, ¿tiene límites el legislador?, ¿cuáles son esos límites?

En una primera hipótesis, se propone que existe una diferenciación constitucional entre españoles y extranjeros. Esto es posible de afirmar a partir de un argumento normativo de la misma carta fundamental española en sus artículos 13, 14 y 23. En estos, se excluye a las personas extranjeras de la titularidad de derechos, especialmente en el caso de sufragio activo e igualdad.

En una segunda hipótesis, no existe diferenciación constitucional en atención al principio de equiparación de la Constitución española de 1978; por ende, la diferenciación respecto a la titularidad de derechos entre españoles y extranjeros se producen a nivel legal. En este caso, como ya se afirmó anteriormente, el legislador tiene limitaciones en la propia Constitución para regular estas diferencias y derechos: estas son la Ley Orgánica y el contenido esencial de los derechos.

Adelantando el resultado, la propia Constitución establece criterios de diferenciación que el principio de equiparación no resuelve: primero, porque no contiene sustento normativo alguno y, segundo, porque tanto históricamente como en la génesis de la Constitución de 1978, los extranjeros han sido excluidos de las tomas de decisiones y consideraciones como sujetos titulares de derechos fundamentales.

Frente a esta postura, cabe resolver las siguientes interrogantes: en primer lugar, si se hace referencia al concepto de “desconstitucionalización” o mínimo contenido respecto de la titularidad y ejercicio de derecho y, en segundo lugar, si la titularidad del derecho por los extranjeros forma parte del contenido esencial del derecho indisponible para el legislador.

En la primera interrogante, en los debates constituyentes es posible entender, que, aunque no se desprende *a priori,* excluir a los extranjeros de la titularidad de los derechos fundamentales del Título I si subyace la intención de querer dotar de un especial protagonismo tanto al legislador como a los tratados internacionales, cuando de la configuración del contenido de dichos derechos se trata [617]. "La mayor parte de la doctrina que trató la cuestión de la extranjería, una vez que entró en vigor la Constitución de 1978, interpretó entonces la reserva de ley del artículo 13.1 CE como una habilitación al legislador para extender libremente a los extranjeros la titularidad de los derechos fundamentales recogidos en este título lo que produciría simple y llanamente una desconstitucionalización de los mismos"[618].

Esta desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros, contenidas en el art. 13.1 CE, parte de una interpretación restrictiva de dicho precepto en que las libertades públicas de los extranjeros y su goce se encontrarían subordinados a los tratados y las leyes[619].

Sin embargo, no toda remisión al legislador, por parte de la Constitución, para que configure alguno de los contenidos los derechos fundamentales implican una desconstitucionalización de los mismos. Tales remisiones son inevitables en un ordenamiento cuyas normas se encuentran formuladas en términos de abstracción y generalidad. Por otro lado, y en relación con las distintas reservas de ley que se encuentran en el título primero de la CE: "ni todas ellas lo son para complementar del mismo modo los enunciados constitucionales ni la misma remisión expresa será siempre necesaria para reconocer como válida la legislación que hiciera sobre el ámbito en el que se ejerce el derecho"[620].

La tesis de la desconstitucionalización de los derechos fue perdiendo fuerza progresivamente a medida que iba aumentando la labor interpretativa llevada a cabo tanto por los Tribunales Ordinarios de Justicia, el Tribunal Constitucional y la incorporación

[617] Véase VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., p. 36 a 40.
[618] Ibidem, p. 41.
[619] PECES BARBA, Gregorio. "Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 1979. N.° 2 (extra), p. 41.
[620] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., p 42.

de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el segundo planteamiento, la idea básica de las teorías sobre el contenido esencial de los derechos es dividir lo "disponible" de lo "indisponible". Lo indisponible, que coincide con el contenido esencial de los derechos; y lo disponible, que es lo que queda fuera de tal contenido. Tres teorías se refieren al (así llamado) contenido esencial de los derechos fundamentales: una sostiene que el contenido esencial es "inmóvil" y "absoluto", otra indica que es "móvil" y "relativo", y una tercera defiende que tal contenido esencial coincide con el "contenido mismo" de los derechos[621].

Por lo que se refiere a los derechos fundamentales, su regulación y desarrollo se reserva a la ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. Corresponde al Tribunal Constitucional controlar el respeto a las exigencias de la reserva de ley y a los límites que la Constitución impone al legislador (especialmente el respeto al contenido esencial de los derechos).

Por ende, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español "corresponde por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53 CE"[622].

5.3. El criterio de ponderación y proporcionalidad como alternativa

Por último, es necesario hacer referencia a un criterio desarrollado, más bien por la doctrina, para resolver la titularidad de derecho de las personas extranjeras en España, atendiendo ya no a la nacionalidad, sino a su situación de regularidad administrativa en

[621] MALDONADO MUÑOZ, Mauricio. "Límites y contenido esencial de los derechos (un marco conceptual problemático)", en *Revista Derecho del Estado*. 2020. 47, p. 88.
[622] STC 11/1981, Fj. 7.

el país. Es decir, una diferenciación entre los mismos extranjeros. Para este análisis se tomará la propuesta desarrollada por Eduardo Roig como la más adecuada[623].

Para el autor, la normativa de extranjería, al condicionar determinados derechos a la autorización administrativa, no hace sino privar de los mismos a los extranjeros que no cumplen con tales requisitos, es decir, a los extranjeros irregulares. Las problemáticas que se plantean en la actualidad no se generan entre la distinción entre nacional/extranjero sino entre extranjero regular/irregular, incluso entre extranjero empadronado o no[624].
Frente a esta nueva propuesta, el principio de ponderación permite plantearse la exigencia de finalidades propias de cada derecho, que pueden llevar a la exclusión del extranjero. Pero esa exclusión (que realiza el legislador y los agentes administrativos en materia de extranjera) debe tener una justificación razonable y proporcionada desde el derecho para el alcance de una determinada finalidad legitima[625].

Entonces "de la asunción del principio de proporcionalidad como elemento clave del control de las actuaciones administrativas en materia de extranjería, independientemente te del derecho afectado y del estatuto concreto de la persona objeto de la actuación, emerge casi necesariamente un estatuto de los extranjeros enormemente variado en el cual pueden tener adecuado reconocimiento, como exige la realidad actual"[626].

Así, para Eduardo Roig, esta ampliación de estatuto de los extranjeros reconoce las siguientes situaciones[627]:

- Extranjero en situación irregular como criterio general en el cual no puede verse sometido a condiciones distintas del español, una vez aceptado su ingreso y residencia en el país, salvo en los casos específicos por ejemplo, de derecho al trabajo.
- Extranjero en situación irregular que es objeto de medidas de control, sobre todo respecto a la entrada legal en territorio español. El problema en esta situación se

[623] ROIG, E., op. cit., p. 598.
[624] Ibidem, pp. 603 y 607.
[625] Ibid., p. 608.
[626] Ibid., p. 611.
[627] Ídem.

genera en que, una vez que ha ingresado legalmente a España, cae posteriormente en una irregularidad por factores administrativos.

- Extranjero que se encuentra en España *versus* al extranjero que pretende ingresar.
- Extranjero arraigado frente aquel que no tiene estabilidad. La protección del extranjero arraigado se ha convertido en una autentica obligación constitucional.
- Extranjero inscrito en el padrón municipal, toda vez que demuestra la estabilidad de su estancia en el país y por ende, consigue acceder a las prestaciones sanitarias en igualdad de condiciones que los nacionales.
- Extranjero cuyos derechos fundamentales se ponen en peligro por una decisión justificada de política de flujo y regularidad de la estancia. Esto se traduce en la imposibilidad de expulsar o devolver extranjeros que puedan correr riesgos en sus derechos fundamentales debidos a la situación social, política o incluso sanitaria en sus países de origen y ello a pesar de no cumplir con los requisitos de la entrada ni ser asilados ni contar, en ocasiones, con arraigo[628].
- Extranjero en situación irregular al que se aplica una expulsión de acuerdo con la normativa.

No se trata de rediseñar el marco constitucional de la extranjería; sino de adecuar su marco teórico en la realidad de las sentencias constitucionales y en la jurisprudencia (en este caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) flexibilizando al máximo las posibilidades de dar respuesta con criterios reales a las cuestiones prácticas que se plantean en la actualidad que no están en las distinciones entre nacionales y extranjeros, sino entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular.

6. Ámbitos de titularidad de derechos de los extranjeros según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

6.1. Derecho a la libre circulación y residencia

El presente recurso suscita la cuestión previa de si un extranjero puede ser considerado titular del derecho fundamental de circulación y, en su caso, con qué alcance. El Tribunal Constitucional, en su fallo STC 94/1993[629], considera que los extranjeros pueden ser

[628] Ibidem, p. 616.
[629] STC 94/1993.

titulares de los derechos constitucionales a residir y desplazarse libremente establecidos en el art. 19 CE[630].

El TC señala que, aun cuando el art. 19 CE alude a los españoles, esto no es argumento suficiente para considerar resuelto el problema. El tenor literal de la norma es insuficiente ya que debe ser considerado en conjunto con otros artículos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que se encuentra el art. 13.1 y 2 de la CE. Una interpretación armónica de los preceptos constitucionales para determinar que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente se recoge la Constitución en su art. 19.

Cabe destacar la doctrina que plantea la magistratura constitucional, al señalar, que "es distinto el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España. La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales, al margen de su condición de ciudadano. Es decir, resulta lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella" (Fj.3). La libertad del legislador al momento de configurar los derechos de los extranjeros en cuanto a su entrada permanente en el país es amplia, pero no absoluta: ya que debe estos derechos deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales que se encuentran ratificados por España.

Aquí, la situación de los extranjeros está caracterizada por diferencias frente al nacional, así como también respecto a la propia existencia de un permiso de residencia. Sin embargo, ello no significa que la administración pueda actuar libremente, puesto que, en efecto, el art. 19 CE protege constitucionalmente a los residentes en el extranjero, exigiendo que su eventual limitación obedezca no solo una causa prevista en la ley, sino

[630] Art. 19 CE. *Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.*

que además resulte compatible con el contenido mínimo del derecho del que sea titular el extranjero[631].

En esta sentencia, es importante recalcar que la Administración o la Ley no pueden actuar libremente en materia de extranjería, puesto que art. 19 CE protege constitucionalmente la residencia del extranjero, exigiendo que su eventual limitación obedezca no solo una causa prevista en la ley, sino que además resulte compatible con el contenido mínimo del derecho del que el extranjero es titular.

6.2. Detención administrativa en frontera

En materia de detención administrativa de los extranjeros, el TC aborda, en su sentencia 174/1999, el caso de un amparo constitucional interpuesto por un extranjero de nacionalidad china, quien habría estado detenido administrativamente por más de 72 horas sin intervención judicial[632], y debate si correspondía o no a una detención preventiva y qué derechos le asistían.

El Tribunal comienza señalando que "no toda compulsión personal constituye una detención preventiva pues, al margen de esa situación, se encuentran otras situaciones jurídicas de sujeción o compulsión personal. Sin embargo, dado que esas otras medidas y situaciones administrativas también limitan la libertad del individuo, solo pueden tener lugar en los casos y en la forma previstos en la ley y deben ser conformes con el principio de limitación temporal que se induce del art. 17. 2 CE. (Fj. 4)" Esta remisión a la ley no significa que el legislador quede habilitado para prever otras situaciones de privación de libertad indefinidas, sino que no le será aplicado el plazo de 72 horas.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que "la situación jurídica de ejecución forzosa de una 'orden de devolución' legitima un estado de compulsión en la 'zona de rechazados' de un aeropuerto, pero no excluye por sí misma el procedimiento de *habeas corpus*."[633] Basamos esta afirmación en la consideración del *habeas corpus*

[631] ROIG, E., op. cit., p. 596.
[632] Sentencia Tribunal Constitucional 174/1999 (Sala Segunda), de 27 de septiembre de 1999 (Recurso de amparo 1.374/99).
[633] Sentencia Tribunal Constitucional 12/1994 (Sala Primera), de 17 de enero de 1994. (Recurso de amparo 591/1993), fundamento jurídico 6.º como por referencia a las "órdenes de expulsión"; Sentencia Tribunal

como garantía procesal aplicable a todos los supuestos de 'privación de la libertad no acordada por el juez'. De manera que, ante una situación fáctica de compulsión o sujeción personal, será función del juez del *habeas corpus* comprobar si existe propiamente una 'orden de devolución' o si, por no concurrir aquella resolución administrativa, se trata de una situación de detención preventiva (que a su vez podrá ser lícita o ilícita)".

Por último, el que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España no juridifica una "situación fáctica" de detención preventiva con exceso respecto de lo dispuesto en el art. 17.2 CE.

Lo relevante aquí, señala el TC, es la limitación de movimientos del extranjero, sin ningún título jurídico que lo legitime, a un único espacio limitado y cerrado de territorio español, lo que es claramente una diferencia de trato entre extranjero y nacional y, aún más, entre extranjeros en situación regular e irregular.

6.3 Derecho a la salud y acceso al sistema sanitario

Un paso importante en la materia de ampliación de la titularidad de derechos a los extranjeros, fue el reconocimiento del acceso universal a la sanidad, incluido los extranjeros irregulares. En el fallo STC 95/2000[634], el TC distingue la convergencia de

Constitucional 21/1996 (Sala Segunda), e 12 de febrero de 1996. (Recurso de amparo 1.078/1995), fundamento jurídico 7.º.

[634] Sentencia Tribunal Constitucional 95/2000 (Sala Primera), de 10 de abril de 2000. (Recurso de Amparo 3.477/96). Fj. 2. El recurrente sostiene que se ha vulnerado el art. 24.1 CE en dos momentos del razonamiento jurídico expuesto por el Tribunal Superior. El primero, en la interpretación que aquella hace del art. 7 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social y, en segundo lugar, en el desconocimiento expreso de las consecuencias derivadas del auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal Superior de Justicia, de 21 de diciembre de 1994, por el que se eximió a la Sra. Lobodan de la exigencia de visado para obtener la tarjeta de residencia durante el tiempo que durase la tramitación del procedimiento contencioso-administrativo, resolución cuyo contenido figura en los hechos probados de la sentencia que se impugna en amparo. El contenido material de la demanda de amparo evidencia por sí mismo que la vulneración del art. 24.1 CE alegada en ella no se sustenta, propiamente, como manifiesta el recurrente, en un error con relevancia constitucional, sino que en realidad se orienta hacia la denuncia de una auténtica falta de razonabilidad en la interpretación y aplicación de las normas legales. En tal sentido, y frente a lo afirmado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, cabe adelantar que no estamos ante una mera discrepancia del recurrente con la decisión judicial, sino que esta, efectivamente, ha lesionado el art. 24.1 CE al haber aplicado un precepto legal negando relevancia a hechos y elementos de juicio determinantes para la resolución del litigio. La conclusión así alcanzada por el órgano judicial ha devenido infundadamente perjudicial, no sólo para los derechos de la Sra. Lobodan sino también para los del propio recurrente, en cuanto referidos al reconocimiento de que su compañera e hija figuren como beneficiarios de su derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

dos órdenes normativos: aquel relativo al sistema prestado por el Sistema de Seguridad Social, y por otro lado, el referido a los derechos en esta materia de los extranjeros en España.

Cabe recalcar la importancia que, desde su jurisprudencia e interpretación del año 1984, se ha mantenido que la expresión «libertades públicas» no debe interpretarse en sentido estricto, y que la remisión a la ley no es una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, sino que únicamente corresponde al reconocimiento de estas con arreglo a su configuración legal. Por ende, los extranjeros gozan en España, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, del acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE con la salvedad del art.13.2 CE), y aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes, siendo admisible en tales casos las diferencias respecto de los nacionales (Fj.3).

En el análisis de los órdenes normativos, el TC es enfático al señalar: “Por otra parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declara en su art. 1.2 que ‘son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional’".

En lo que se refiere, concretamente, a las prestaciones de asistencia sanitaria, es preciso recordar que estas se reconocen legalmente en nuestro país no solo a los titulares directos del derecho, sino también a los familiares o beneficiarios que estén a su cargo. Por otro lado, el Decreto 2.766/1967 de 16 de noviembre, por el que se aprobaron las normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social, reconoce la condición de familiares beneficiarios, entre otros, al cónyuge y descendientes de ambos o de cualquiera de ellos.

Posteriormente fue asimilada la pareja de hecho al cónyuge, bajo determinadas condiciones, mediante la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1984, recogida en la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 18 de febrero de 1985, cuya existencia y contenido sustancial figura en los hechos probados de la Sentencia impugnada.

Este reconocimiento fue extendido a los extranjeros irregulares (sin permiso de residencia en España)[635], considerando que su exclusión de la asistencia sanitaria pública gratuita no vulnera lo dispuesto en el art. 43 CE, y que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones necesarias (…) toda vez que el legislador puede modular las condiciones de la prestación de dicha atención médica (Fj. 8 y 9).

En conclusión, la jurisprudencia constitucional dictada con anterioridad al año 2007 analiza la titularidad de los derechos de los extranjeros desde la óptica del art. 13.1 CE, con una interpretación no restrictiva del concepto de "libertades públicas", haciendo aplicable a los extranjeros el principio de igualdad del art. 14 CE y basándose en la teoría tripartita de los derechos.[636]

6.4. Derecho de sufragio

En materia de derechos políticos, la normativa española establece diferencias respecto al reconocimiento y ejercicio de los mismos por parte de las personas extranjeras residentes en el país. Existe una distinción entre los mismos colectivos de extranjeros, en atención a su procedencia, para poder ejercer el derecho a sufragio activo, ya que solo aquellos extranjeros respecto de los cuales existe un convenio de reciprocidad entre su Estado de origen y España pueden votar en las elecciones locales. Entre las comunidades beneficiadas, destaca la latinoamericana, específicamente los nacionales de Bolivia, Chile, Ecuador ,Colombia, Paraguay y Perú. Estas nacionalidades pudieron ejercer este derecho, por primera vez, en los comicios de mayo de 2011.

---

[635] Sentencia Tribunal Constitucional 139/2016 (Pleno), de 21 de julio de 2016. (Recurso de Inconstitucionalidad 4123-2012). Esta sentencia resuelve recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra el Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para gentilizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Saludos y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Para mayor contenido véase: MOYA MALAPEIRA, David. "El acceso de los extranjeros irregulares al sistema de salud tras la STC 139/2016", en *Blog Nova Icaria*. 2016. s/p. [Fecha de la consulta: 23 de abril de 2023]. Disponible en: https://idpbarcelona.net/acceso-los-extranjeros-irregulares-al-sistema-salud-tras-la-stc-1392016-david-moya-malapeira-profesor-agregado-la-ub/; LEMA AÑON, Carlos. "La titularidad del derecho a la salud en España ¿Hacia un cambio de modelo?". en *Revista de Bioética y Derecho*. 2014. No. 31, pp. 3-16.

[636] VIDAL FUEYO, María del Camino. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2009. N.° 85, p. 357.

Con relación a las personas comunitarias, al albor del Tratado de Maastricht, se llevó a cabo una reforma constitucional que posibilitó el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo a los nacionales del resto de países de la UE, los cuales pudieron ejercerlos, por vez primera, en los comicios municipales de 1999. Con el tiempo, este reconocimiento se fue extendiendo a otras procedencias, como sucedió con Rumania tras su integración en la UE en 2007[637].

Como se puede apreciar, el reconocimiento de derechos políticos formales en España es selectivo, en tanto no implica por igual a todos los grupos y, además, es restringido, al aplicar casi exclusivamente a los comicios locales. De entrada, las personas de origen comunitario (y un reducido grupo de personas de origen latinoamericano) cuentan con mayores facilidades para participar políticamente que, por ejemplo, el colectivo marroquí, a pesar de que este es uno de los más antiguos y numerosos.

Entre los obstáculos que enfrentan las personas extranjeras para participar en la política en España, se encuentran las barreras administrativas. Por ejemplo, la ley española exige que los extranjeros residentes en España se registren en el CERE con antelación a las elecciones. Sin embargo, también en esta instancia se establecen distinciones según el origen. Demostrar que poseen la autorización de residencia y que han estado residiendo legalmente en España durante el tiempo establecido es necesario para las personas que provienen de países latinoamericanos con los que existe acuerdo. La manifestación de la voluntad de voto, por parte de los comunitarios, es permanente, es decir, sigue siendo válida. Esta es otra distinción significativa entre los extracomunitarios y los comunitarios.

En la segunda mitad del siglo pasado, la mayoría de los estados europeos había aceptado los derechos de reunión y asociación, así como otros relacionados con ellos, como los derechos de manifestación o sindicación. España también había aceptado estos derechos, aunque esto fue posible gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Sin embargo, debido a que solo la mitad de los países miembros de la Unión Europea han aceptado el derecho de sufragio de los ciudadanos extranjeros y su utilización se ha

[637] BERMÚDEZ ESCOBAR, op. cit., p. 227.

limitado principalmente a las elecciones locales, la aplicación del mismo ha sido cada vez más complicada[638].

Como bien hemos señalado, el art. 13.2 CE excluye a los extranjeros de la titularidad de los derechos reconocidos en su art. 23. Sin embargo, en el caso del reconocimiento del derecho de sufragio activo existen tres condiciones: que se limite a las elecciones municipales, que se respeten criterios de reciprocidad, y que se lleve a cabo en los términos previstos mediante tratado o ley[639].

El TC no ha interpretado lo que se entiende por reciprocidad salvo en el marco del reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, limitándose a señalar que la reciprocidad es un principio "consistente en que un poder público condiciona su actuación a que otro poder público actúe de la misma manera que él". No obstante, la diversidad de la materia en la que se hace esta afirmación (reparto de competencias en carreteras) y la imprecisión respecto a lo que significa actuar "de la misma manera", hacen imposible extraer una guía de actuación precisa.[640].

[638] AJA FERNÁNDEZ, Eliseo y MOYA MALAPEIRA, David. "El derecho de sufragio de los extranjeros residentes". En: AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, ARANGO VILA-BELDA, Joaquín, OLIVER I ALONSO, Josep (coords.). *La inmigración en la encrucijada*. Barcelona: Bellaterra, 2008, p. 1
[639] CARRASCO DURÁN, Manuel. "El derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales. Nuevas realidades", en *Cuadernos de derecho local*. 2010. N.° 22, p. 152.
[640] Ídem.

CAPÍTULO III
TITULARIDADES FRAGMENTADAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

I. Cuestiones previas: contexto de los derechos humanos en el derecho internacional y las personas extranjeras

La revisión del desarrollo de los derechos humanos en el derecho internacional resulta de gran importancia a la hora de entender las distintas formas de reconocimiento de titularidades de las personas extranjeras relativo a la protección multinivel. Así, en el derecho internacional, el nacimiento de los derechos humanos y sus características, principalmente de universalidad, han establecido un sujeto genérico de titularidad sin considerar las condiciones materiales específicas que engloban a las personas extranjeras.

Aun cuando algunos tratados internacionales consagran "derechos universales para todas las personas sin distinción alguna", el reconocimiento y protección de las personas extranjeras está dividido en diversos instrumentos internacionales en atención a diferentes factores: a su estatus migratorio (vinculado a su regularidad en el Estado receptor), a su nacionalidad, y a otras características adicionales a la condición de extranjero (como el género, la edad, entre otros). Este reconocimiento fragmentado, más que establecer un reconocimiento de la titularidad de derechos de las personas migrantes, deviene, en algunos casos, en una desigualdad de trato de las personas extranjeras entre los nacionales de un Estado.

1. Inicios del derecho internacional y su vinculación con la persona humana

En los inicios del derecho internacional, la persona humana no estaba considerada como un sujeto de las relaciones internacionales, toda vez que la creación de este sistema jurídico internacional tenía su base en la coordinación entre los Estados: en que el principio de soberanía estatal juega el rol principal de actuación de los Estados, toda vez que otorga la posibilidad de celebrar contratos *(ius tractatum*) y de presentarse ante tribunales internacionales (*ius legationen*) [641].

[641] RIVERO GODOY, Juan Manuel. "La persona como sujeto de derecho internacional", en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. 2020. Vol. 21, n.° 2, p. 39.

Si bien el sujeto por antonomasia en el derecho internacional es el Estado[642], coexisten otros sujetos poseedores de alguno o algunos de los rasgos que integran la capacidad internacional, tales como las organizaciones internacionales o las empresas transnacionales.

Se comprende la capacidad internacional como la posibilidad de celebrar acuerdos regidos por el derecho internacional; de disponer de un cierto grado de representación; de acceder a instancias internacionales para reivindicar los propios derechos por vía de la reclamación internacional; de ejercer ciertas competencias atribuidas por normas internacionales; de incurrir en responsabilidad internacional, de verse aplicar las reglas del *Ius in bello* en caso de participación en un conflicto armado[643].

Con la evolución y desarrollo del derecho internacional, el individuo fue jugando un papel cada vez más relevante en la sociedad internacional contemporánea y, por ende, en el ordenamiento jurídico internacional y sus instituciones[644].

Aun cuando un sector de la doctrina niega la personería del individuo en el derecho internacional[645], la persona humana es incluida como sujeto en el derecho internacional, consolidándose una protección y reconocimiento de las personas como sujetos en las relaciones internacionales, reconociéndoles una subjetividad internacional tanto activa (víctima de violaciones de derechos que pueden hacerse valer ante instancias internacionales) como pasiva (responsable de esas violaciones)[646].

---

[642]BERNAL-GÓMEZ, Daniel. *Tendencias académicas sobre derecho internacional público*. Tunja: Ediciones Usta, 2018, p. 78. Entendemos por "sujeto de derecho internacional público" aquellos antes con capacidad jurídica internacional para contraer obligaciones y exigir derechos y poder reclamarlos ante los tribunales internacionales.

[643]Ídem.

[644]DÍAZ BARRADO, Cástor. "Algunas reflexiones sobre el individuo en el derecho internacional". En: VACAS, Félix, BARRANCO, María del Carmen y CELADOR, Óscar (Coord.) *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 17.

[645]RIVERO, op. cit., p. 37 y ss. El autor analiza algunos argumentos que niegan el carácter de sujeto de derecho internacional público a la persona humana, principalmente porque la relación en este ámbito es mediante un sistema de coordinación entre los estados y no de subordinación; la inexistencia en las personas del atributo de la soberanía estatal; la imposibilidad de celebrar tratados (*ius tratatum*); carecer de *ius legationen*; y la incapacidad de presentarse ante un tribunal internacional.

[646]Véase BERNAL-GÓMEZ, Daniel. "Capítulo XV: El individuo y su subjetividad internacional". En: BERNAL-GÓMEZ, Daniel. *Tendencias académicas sobre derecho internacional público*. Tunja: Usta, pp. 166-174.

Esta es una de las características del llamado "derecho internacional contemporáneo": una pluralidad y heterogeneidad de sus sujetos, que se han ido consolidando tras la Segunda Guerra Mundial[647]; en primer lugar, con la internalización de los derechos humanos y la persona humana; en segundo lugar, mediante el reconocimiento jurídico de los derechos económicos sociales y culturales; en tercer lugar, a través de una formulación jurídica del reconocimiento de derechos; y en cuarto lugar, durante los procesos de descolonización a partir de los años 50, que da lugar a numerosos nuevos Estados[648].

En un principio, la protección de las personas, específicamente aquellas que se encontraban en un Estado distinto al de su nacionalidad, era realizada principalmente a través de la protección diplomática[649]. Actualmente, dicha institución presenta una serie de rasgos y elementos que determinan que su configuración jurídica dependa de un determinado contexto social y normativo, toda vez que la protección diplomática es una práctica de los Estados en constante proceso de evolución, lo que hace variar su contenido y alcance inicial[650].

La propia protección diplomática ha ido cediendo paulatinamente, como sistema clásico y tradicional de protección de las personas, a las fórmulas por lo general reconocidas a través de tratados internacionales, que ofrecen una vía de reclamación y presentación de denuncias específica en contra de los Estados[651].

---

[647]BONET, Jordi. "Transformaciones contemporáneas del Derecho Internacional Público". En: ÉSTEVEZ ARAUJO, José (ed.). *El derecho ya no es lo que era: transformaciones jurídicas en globalización neoliberal*. Madrid: Trotta, 2021, p. 250. Durante el siglo XX, los derechos humanos adquieren, desde la perspectiva política y jurídica, una dimensión global; paradójicamente, en un siglo en el que persisten las violaciones graves de derechos humanos. Un tiempo en el incremento de flujos de información en circulación han permitido conocer universalmente acontecimientos de cualquier parte del mundo, como en el contexto del fin de la Primera Guerra Mundial, la creación de la organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y el final de la Segunda Guerra Mundial.

[648]372. BONET, Jordi. "Historia y evolución de la protección de los derechos humanos". En: BONET, Jordi y SANCHEZ, Víctor (coord.). *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*. Madrid: Editorial Huygens, 2008, pp. 61y ss. Por otro lado, la presencia de aspectos sociopolíticos relevantes, en torno al desarrollo de las políticas de derechos humanos y la consolidación de reivindicaciones nuevas en materia de derechos humanos, han logrado un cambio de paradigma en el reconocimiento de estos derechos.

[649]La protección diplomática es el acto por el cual un Estado decide amparar a uno de sus nacionales cuando el mismo sufre perjuicio en sus derechos o en su patrimonio, a consecuencia de una acción u omisión de otro Estado violatorio de las normas internacionales, tanto de derecho internacional general como de derecho internacional particular. VARELA QUIRÓS, Luis Alberto. "La protección diplomática y la nacionalidad de las personas", en *Revista Costarricense de Derecho Internacional*. 2014. Ed. 1, n.° 41, p.42. Para mayor análisis véase la Resolución 61/10 de la Asamblea General sobre el Informe de la Comisión de Derecho Internacional (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006) sobre protección diplomática.

[650] DÍAZ BARRADO, C., op. cit., p. 21.

[651] BONET, J., "*Las políticas…"*, op. cit., p. 15.

Es menester recordar que los Estados son soberanos para establecer quienes pueden ser titulares de derechos fundamentales dentro de su territorio, estableciendo las condiciones y requisitos para el ejercicio de sus derechos y, en caso de que se desconozca o niegue tal titularidad o ejercicio, las garantías para su protección. Esta soberanía estatal se ve enfrentada con el derecho de una persona de salir de su país e ingresar a otro, ya que no estaría garantizado o reconocido el derecho a ser recibido en otro país[652].

Al estar supeditado el trato y reconocimiento de una persona extranjera en otro Estado a su propia soberanía y normas, es que es posible deducir la necesidad de la vinculación del derecho internacional con la protección específica de las personas extranjeras y el interés de la comunidad internacional de otorgar un cierto estatus jurídico específico que resguarde el derecho a ingresar a otro estado en armonía con la legislación interna del país receptor.

La actual sociedad internacional contemporánea aun no es propicia para los derechos humanos. "Es desigual, compleja y conflictiva, cuyos rasgos no promueven la humanización, encuentra obstáculos en los fenómenos como la globalización, el debilitamiento del estado, los intereses y otros factores que limitan la eficacia de los derechos"[653].

Tomando en cuenta el propósito de esta investigación, se plantea la interrogante: si el derecho internacional reconoce a las personas migrantes como un colectivo o sujeto de derecho internacional en el sentido estrictamente jurídico o, por el contrario, son un grupo protegido por una serie de normas, titulares de ciertos derechos reconocidos por el ordenamiento internacional, pero sin subjetividad internacional[654], lo que resulta de gran interés a la hora de la determinación de la titularidad de derechos.

No es objeto de este capítulo hacer un estudio detallado del derecho internacional y la persona humana como sujeto de las relaciones internacionales, sino realizar una breve

[652]GARCIANDÍA GARMENDIA, Rosana. "Los inmigrantes como colectivo: ¿son sujeto de derecho internacional?". En: VACAS, Félix, BARRANCO, María del Carmen y CELADOR, Óscar (Coord.) *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 356.
[653]FERNÁNDEZ, Carlos. "Perspectivas del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos", en *Papeles el tiempo de los derechos, Revista Huri-Age, Red tiempo de los Derechos*. 2022. N.° 1, p. 3
[654] GARCIANDÍA, op. cit., p. 361.

referencia histórica al nacimiento de los derechos humanos y cómo estos son recogidos en los instrumentos internacionales, tanto a nivel universal como regional y su vinculación con la titularidad de derechos de las personas extranjeras.

1.1. Surgimiento y evolución de los derechos humanos

Los derechos humanos surgen como fruto de una evolución histórica, jurídica, social y también filosófica, cuyo origen puede considerarse o situarse en las limitaciones al poder estatal.

Algunos autores sitúan la evolución normativa de los derechos humanos en cuatro estadios: positivación, generalización, internacionalización y especificaciones[655]. Este último proceso, el de especificación, se entiende como el paso del hombre genérico al hombre especifico, en la especificidad de sus diferentes estatus sociales, tomando en consideración criterios de diferenciación, como el sexo, la edad, las condiciones físicas entre otros.

Para Gregorio Peces-Barba:

> "Este proceso en relación con los titulares conduce a los derechos de la mujer, a los derechos del niño, a los derechos del minusválido, pero también a los derechos del consumidor, y del usuario, donde la especificad deriva de la situación de inferioridad en que se encuentran hombres y ciudadano en determinadas relaciones"[656].

Uno de los principales rasgos característicos que marca el origen de los derechos humanos es su carácter universal, es decir, el estar reconocidos a todos los hombres sin exclusión. El gran aporte de la modernidad en la construcción de los derechos humanos fue haber ampliado la titularidad de los derechos "a todos los hombres," contribuyendo a la

[655]VIVAS BARRERA, Tania. "Línea de tiempo de los derechos humanos, una propuesta para la enseñanza de la historia de los derechos humanos", en *Revista Ratio Iuris*. 2024.Vol. 9, n.° 18, p. 55; BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991, p. 10.
[656] BOBBIO, N., op. cit, p. 10.

formación del concepto de derechos humanos[657]. Esta ampliación de derechos del hombre se concreta con este paso de consideración del hombre abstracto al concreto, a través de un proceso gradual de diferenciación o especificación de las necesidades y de los intereses de los que se exige en su reconocimiento y protección[658].

Cuando nos referimos a la evolución de los derechos fundamentales resulta común referirlo a un proceso de expansión progresiva de sus sujetos titulares; en otras palabras, al camino que han recorrido los derechos siendo aumentados en el catálogo de los mismos, ampliando los sujetos que serían sus titulares, y superando distintos círculos de exclusión.[659] Sin embargo, y como bien señala la profesora María José Añon, "esta visión de los derechos, se quiebra cada vez que pretendemos dar cuenta del reconocimiento de los derechos a los extranjeros"[660].

Los derechos humanos constituyen una categoría histórica que nace con la Modernidad, la cual inspira posteriormente las revoluciones liberales del siglo XVIII[661]. En este periodo adquieren toda su importancia los cambios fundamentales que se dieron en la sociedad europea a partir del tránsito a la Modernidad, que conllevaron una nueva comprensión de la dignidad humana, la libertad y la igualdad [662]. Uno de los rasgos más característicos de este tránsito es la génesis de la filosofía de los derechos fundamentales[663].

Los derechos fundamentales supondrán uno de los aspectos del desarrollo del individualismo y del protagonismo que adquiere el hombre en este nuevo orden con la aparición de la burguesía y posteriormente del capitalismo[664].

---

[657]PEREZ LUÑO, Antonio. "La universalidad de los derechos humanos", en *Derecho y Cambio social*. 2007. Año 4, n.° 9, p. 97.
[658] BOBBIO, op. cit., p. 15.
[659] AÑON, María José. "Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes". En: AÑON, María José (ed.) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 9.
[660] Ídem.
[661] BOBBIO, op. cit., p. 14.
[662] CAMPOY CERVERA, Ignacio. "Una propuesta de concepto y fundamento de los derechos humanos", en Derechos y Libertades. 2022. Ép. 2, n.° 47, p. 155. Para un mayor análisis sobre la construcción histórica de los derechos humanos, véase PECES-BARBA, Gregorio (et. al). *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I Tránsito a la modernidad (S. XVI y SXVII)*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 5
[663] Ibidem, p. 20.
[664] Ibid., p. 24.

Uno de los primeros textos normativos que se relacionan con los derechos humanos es la carta magna de 1215 originada en Inglaterra. Aun cuando este texto nace como consecuencia de las exigencias de los nobles para garantizar y confirmar los privilegios de la Iglesia y de los señores feudales (dentro de una estructural medieval)[665], reconoce un acápite de funcionamiento de la administración de justicia "aplicada a los hombres libres"; una lógica favorable de derecho, restringiendo algunas arbitrariedades del reino sobre ellos, específicamente en materia de procesos y juzgamiento, sentando la base de lo que posteriormente llamaríamos "debido proceso"[666].

Las revoluciones liberales contra la burguesía durante los siglos XVII y XVIII buscaron la abolición de los privilegios de la nobleza, el reconocimiento del principio de igualdad y mayor libertad individual, creando así las primeras declaraciones de "derechos del hombre".

En Inglaterra, fueron dictadas la *Petition Rights* de 1628, el *Habeas Amendment Right* de 1679 (que contenía un *habeas corpus* respecto de las personas privadas de libertad) y la *Bill of Rights* de 1689[667]. La importancia del *habeas corpus* es que generó una humanización dentro de los procedimientos penales y procesales en la historia, reconociendo principios básicos como la previsión de plazos tasados, la notificación de las causas y un sistema de sanciones aplicables a los casos de infracción de los mandamientos judiciales previamente establecidos[668].

[665]FIORAVANTI, Maurizio. "La Carta Magna en la historia del constitucionalismo", en *Crónica Jurídica Hispalense*. 2015. N.° 13, p. 107. En la construcción de esta carta cabe recordar el nexo de continuidad entre la afirmación y la defensa del privilegio en la antigua sociedad feudal y la afirmación y la garantía de la moderna libertad civil, entendida como esfera reservada al individuo, protegida frente a cualquier violación arbitraria.

[666]BONET, J., "*Historia…"*, op. cit., p. 38. En lo que respecta a la Administración de Justicia, la carta magna se refiere, en primer lugar, a la necesidad que los litigios ordinarios ante los tribunales no se tengan que celebrar en la corte real, sino que se celebren en un lugar determinado; en segundo lugar, la proporcionalidad de las penas de multa y, en tercer lugar, la exigencia de que ningún hombre pueda ser detenido, encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni situado fuera de la ley, ni desterrado o privado de su rango o cualquier otra forma sino en virtud de una sentencia judicial de sus iguales y de acuerdo a la ley.

[667] BONET, J., "*Historia…"*, op. cit., p. 41.

[668] PECES-BARBA, Gregorio (et. al). *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 784.

El modelo inglés suele ser más pragmático, toda vez que se construye con ocasión a los ataques que sufrían los ingleses en sus libertades y privilegios, ya que responde a la necesidad de salvaguardar a los súbditos frente a determinadas agresiones concretas[669].

En el caso de la Revolución Norteamericana, cuyo objeto era garantizar los derechos y libertades de sus ciudadanos, se manifestó con la promulgación en la ciudad de Filadelfia la "Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1774", cuyo redactor fue Thomas Jefferson y, posteriormente, con la "Declaración de Derechos de Virginia de 1776." Estas declaraciones fueron base fundamental para la redacción de la Constitución de Estados Unidos (1787) y la Carta de Derechos en 1791[670].

Los textos que comenzaron a aparecer en las colonias norteamericanas contenían una buena muestra del proceso general de positivación de los derechos y el inicio del llamado "modelo norteamericano de derechos"[671].

Por último, a consecuencia de la Revolución Francesa, nace la "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano" en 1789, basándose en el principio de igualdad de todos los hombres: proclamando que los derechos humanos son universales y naturales; radicando la soberanía en la nación y estableciendo la ley como una expresión de la voluntad soberana. [672] La declaración, tanto por los sujetos a los que se dirige como por su contenido, es una buena muestra del carácter universalista y potencialmente ilimitado de la perspectiva revolucionaria animada por el pensamiento ilustrado[673].

---

669 PECES-BARBA, G., "*Historia...",* op. cit., p. 756.

670DIPPEL, Horst. "El concepto de constitución en los orígenes del constitucionalismo norteamericano (1774-1776)",en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho político e historia constitucional*. 2010, N.° 6, p.33.

671 PECES-BARBA, G., op. cit., pp. 789-811. El autor identifica cuatro momentos dentro de la configuración del modelo norteamericano de derechos fundamentales. El primero de ellos corresponde a la época de formación de las colonias y a sus primeras organizaciones. En él pueden observarse reflexiones interesantes acerca de los derechos fundamentales. El segundo momento coincide con el proceso de independencia, durante el que se produce una cierta evolución en materia de derechos fundamentales y en aspectos de organización política. El tercer momento lleva a la Constitución de los Estados Unidos y a las primeras diez enmiendas, produciéndose una consolidación definitiva de los derechos fundamentales en todos los Estados. Este modelo no culmina ahí, sino que, durante los siglos XIX y XX, tendrán lugar unos interesantes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales a cargo de la Corte Suprema Federal y la ampliación del número de enmiendas.

672 BONET, J., "*Historia…",* op. cit., p. 48.

673 CARBONELL, Miguel. "El momento histórico fundacional de los derechos. Notas sobre la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789", en *Estudios de Derecho.*2009.Vol. 66, N.° 148, p. 62.

Como señala Jordi Bonet:

> "La importancia de la Declaración de 1789 no solo se tiene que medir porque sea todavía hoy parte del patrimonio constitucional francés, sino por su enorme influjo en el desarrollo del constitucionalismo del siglo XIX y su implicación simbólica como referente de la lucha de los individuos y los pueblos contra la tiranía y la opresión. Este posible universalismo que señala la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano, no responde únicamente a la observación de los hechos históricos posteriores, sino que se sostiene tanto en la concepción ideológica subyacente en la Declaración (el liberalismo) como incluso en su propia redacción"[674].

Resulta importante recalcar el sentido de cada modelo. Mientras el caso francés ha de ser interpretado en términos de la ruptura con un orden anterior, la reivindicación de las libertades y la lucha por algo nuevo (en otras palabras, un cambio político y social); el caso norteamericano presenta otro cariz, ya que su revolución es interpretada como la emancipación de las colonias británicas[675].

Como es posible observar, estos primeros instrumentos recogen ciertos elementos que permiten desarrollar una estructura, a lo menos inicial, de aquello que podría entenderse por "derechos del hombre", basándose principalmente en la limitación al poder, el principio de igualdad y la característica de universalidad.

Cabe destacar los hitos que representan la "Declaración de derecho de la mujer y ciudadana" de 1791 y la "Declaración de Independencia" de Haití en 1804, ya que permiten entender y comprender el rol de aquellas personas cuyas titularidades de derechos estaban invisibilizadas en esta época[676].

---

[674] BONET, J., "*Historia…",* op. cit., p. 48.
[675] PECES BARBA, G., "*Historia….",* op. cit., p. 803; BONET, J., "*Historia…",* op. cit., pp. 43-48.
[676] GARAY, Nilda. "Las Declaraciones de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana de 1791 y de Independencia de Haití de 1804 en el proceso de positivización de los derechos fundamentales. Aportes desde el constitucionalismo feminista", en *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Veracruzan*a. 2013, N.° 28, p. 103. De allí que se sostenga que, tanto la Declaración de *De Gouges* como la Declaración de Independencia de Haití, contienen aspectos significativos que merecen amplio debate y análisis académico en el ámbito constitucional por introducir características diferentes a las de las revoluciones liberales que dominan el saber oficial.

Estos documentos, analizados en clave de igualdad tanto en el constitucionalismo como en el reconocimiento de los titulares de derechos, son fundamentales para comprender el por qué las mujeres y otros colectivos no son considerados dentro de aquella abstracción que define a la Modernidad: el sujeto de derechos. Este sujeto es la piedra angular que surge en la Modernidad y sobre la que esta se construye: el origen de nuestros actuales sistemas constitucionales democráticos. El reconocimiento como sujeto permite la individualidad y, con ella, la igualdad[677].

Como se ha señalado anteriormente, la construcción del sujeto titular de derechos estaba basada en la figura del hombre blanco y propietario autónomo, quien era reconocido como el único ser racional, en oposición al grupo de hombres pobres y blancos. Por supuesto, en este último eslabón se ubicaban también las mujeres[678].

Durante esta etapa de desarrollo histórico constitucional, Olympe De Gouges publicó en 1791 la ya comentada "Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana", cuyo artículo primero manifiesta que: "*La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común*".[679]

Este documento fue un gran paso para el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres, pero sobre todo para el reconocimiento de la mujer como titular de derechos sin exclusión, como lo hacía la "Declaración de de Derechos del Hombre y del Ciudadano" en 1789.

En un mismo sentido, pero frente a la postura de esclavitud y colonialismo de las poblaciones oprimidas como Saint-Domingue (Haití), nace el otro documento, la "Declaración de Independencia" de Haití[680]. Acá ya no es solo el factor de género el que provoca la diferenciación y exclusión de los derechos, sino que también los factores de la raza y el componente indígena. La independencia de Haití significó el segundo precedente de independencia de las colonias en América y el primer proceso en el cual el pueblo

[677] Ibidem, p.93.
[678] Ibid., p. 89.
[679] Ibid., p. 95. El pensamiento igualitario tendía a ser realmente inclusivo al reclamar los mismos derechos para hombres y mujeres. Además, en su obra, denunció el racismo y la esclavitud. En 1792 publicó *L'Esclavage des Noirs (The Slavery of the Blacks*/La esclavitud de los negros) y militó en agrupaciones que defendían la abolición de la esclavitud. Su obra se vincula al pensamiento de Condorcet y de Wollstonecraft.
[680] GARAY, N., op. cit., p. 96.

tenía el poder político. También fue el primer Estado en que se contestó, declarativamente, a la exclusión racial y se hizo referencia a las mujeres[681].

En la construcción de un constitucionalismo latinoamericano, se reconoce como punto de partida la independencia de Haití: antes colonia perteneciente a Francia en 1804. Los debates anticolonialista-antiesclavistas, "en pleno proceso de la consolidación de los Estados constitucionales liberales, estaban impregnados por las cuestiones que planteaba la rebelión haitiana. La revolución nativa, con ausencia de un sujeto individual blanco, generaba incertidumbres y era un hecho ineludible en los debates políticos. Estos debates no escaparon de la impronta feminista que consideraba la dominación de las mujeres similar a la esclavitud de las personas negras"[682].

La Declaración de Independencia de 1804 reclamaba la libertad del pueblo frente a las potencias extranjeras y al despotismo. La idea de libertad fue radical en comparación con las declaradas en 1776 y 1789. Consideraba la necesidad de asegurar a los indígenas de Haití un gobierno establecido.

Tal como señala la profesora Nilda Garay:

> "La idea de universalidad que el *iusnaturalismo* proponía fue cuestionada y reformulada hace más de doscientos años con la Revolución Haitiana. Al constatar que tal universalidad no era realidad, la Revolución de Saint Domingue exigió una dimensión más amplia de los derechos de las Declaraciones de 1776 y 1789 sin que se tenga en cuenta las condiciones racial y social. La elaboración del texto de la Declaración de Independencia de 1776 deja constancia de los sujetos excluidos[683]."

Durante el siglo XIX, el reconocimiento de la persona humana adquiere mayor relevancia en el ámbito internacional. La consolidación progresiva del constitucionalismo liberal[684],

[681] Ibidem, p. 100.
[682] Ibid., p. 98.
[683] GARAY, Nilda. "La revolución haitiana en los inicios del constitucionalismo: la cuestión de la raza y el sujeto jurídico y político", en *Historia Constitucional*. 2014. N.° 15, p. 282.
[684] FIORAVANTI, Mauricio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta, 2014, p. 43. El constitucionalismo liberal en esta época adquiere una concreción incluso en el terreno de la historia constitucional. A través de la cerrada crítica a la revolución; y en particular al carácter de la

y la lucha reivindicatoria de algunos derechos, marcan las pautas de una nueva comprensión de los derechos humanos[685].

Algunos hitos relevantes, como la prohibición del tráfico de esclavos desde África y la abolición de la esclavitud en Estados Unidos, dieron origen a instrumentos internacionales como la Convención sobre la Esclavitud en 1926[686], que establecía que los esclavos dejaban de ser considerados como objetos sobre los cuales se podían ejercer los atributos del derecho de propiedad, así como también objetos de transacciones comerciales. Sin embargo, no existe en el texto referido un reconocimiento de los esclavos como personas humanas ni tampoco como titulares de derechos.

Surge, además, como resultado de las relaciones económicas transfronterizas, "el estándar mínimo de trato de los extranjeros"[687], generándose una práctica internacional que culminó con el establecimiento de una norma de la costumbre internacional de respetar y garantizar a los extranjeros, que se encontraran dentro del territorio de un Estado, un mínimo de derechos y libertades: como el reconocimiento a la personalidad jurídica, protección respecto a detenciones arbitrarias, derecho de propiedad, la realización de ciertas actividades económicas y el acceso a la justicia, por nombrar algunos[688].

Esto significó que el incumplimiento de una obligación jurídica internacional relativa a la tutela efectiva de ese estándar mínimo daba lugar a un hecho ilícito internacional atribuible a las autoridades estatales. Es decir, comprometía la responsabilidad internacional de Estado, lo que generaba la intervención del Estado cuyos nacionales habían visto presuntamente lesionados sus derechos en el otro Estado. Esta acción del Estado en favor de sus nacionales en el extranjero se realizaba mediante la institución de la protección diplomática[689].

---

revolución como fábrica de constituciones; como un incesante proceso constituyente que, al producir una constitución dentro de la otra acababa, paradójicamente por destruir precisamente la constitución para convertirla en la solución política del momento: válida mientras se mantuviera el particular equilibro político del que traía su origen.

[685] BONET, J., "*Historia…",* op. cit., p. 50.

[686] Convención sobre la esclavitud. Adoptada por la Asamblea General de la ONU, de 25 de septiembre de 1926, modificada por el Protocolo de 07 de diciembre de 1953.

[687] BONET, J., "*Historia…",* op. cit., p. 53.

[688] BONET, Jordi. "Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español", en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. 2003. N.° 22, p. 13; BONET, J., "*Historia…",* op. cit, p. 53.

[689] BONET, J., "*Las políticas…",* op. cit. p. 14.

1.2. Reconocimiento de los derechos humanos en tratados internacionales

Hacia el siglo XX, los derechos humanos adquieren una dimensión mundial. Comienza una toma de conciencia respecto a las violaciones de derechos humanos de manera masiva y a las reivindicaciones de los movimientos obreros (Rusia)[690] y campesinos (México) ante el poder burgués[691].

Antes de la Segunda Guerra Mundial, el orden internacional iba dirigido a la protección de los derechos y libertades de los extranjeros a través de tratados internacionales multilaterales, pero sobre todo bilaterales, en que se privilegiaba recíprocamente a los nacionales de un Estado con otro Estado, mediante clausulas específicas como la de la nación más favorecida o la de trato nacional[692].

La reevaluación de los derechos de las personas y de la sociedad global fue necesaria después del fin de la guerra y de las atrocidades cometidas por el movimiento nacionalsocialista contra varios grupos de personas (judíos, gitanos, homosexuales, entre otros). Debido a la internacionalización de los derechos, un fenómeno nuevo desde 1945, los Estados debían reconocer los derechos de las personas mediante instrumentos internacionales y exigirlos a los países que los suscribieran.

El trato que los Estados otorgaban a sus nacionales cambió definitivamente con la adopción de la Carta de Naciones Unidas, firmada en 1945: el primer texto jurídico internacional que reconoce la existencia de unos derechos inalienables y de alcance universal que deben protegerse. Nace la obligación de los Estados de proteger los derechos de sus nacionales y abstenerse de cualquier conducta que resulte vulneradora a esos derechos[693].

---

690 Sobre la Revolución Rusa de 197, véase TROSTKY, León y FERRO, Marc. "*Historia de la Revolución Rusa*". Madrid: Veintisiete letras, 2007.

691 Sobre movimiento campesino mexicano, véase CARDENAS, Nicolas. "Movimiento campesino y oportunidades de cambio político y social. La experiencia del Valle del Yaqui (1920-1950)" en *Estudios de historia moderna y contemporánea de México*. 2016. N.° 52; RODIGUEZ, Hilario. "Revolución rusa y revolución mexicana", en *El genio maligno: Revista de Humanidades y ciencias sociales*. 2008. N.° 3.

692 BONET, J., "*Política…",* op. cit., p. 18.

693 SAURA, Jaume. "La universalización de los derechos humanos". En: BONET Jordi y SANCHEZ Víctor (coord.) *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*. Madrid: Huygens, 2008, p. 104. La Carta de Naciones Unidas, aun cuando técnicamente es considerada como un tratado constitutivo de una organización internacional (las Naciones Unidas), es considerada como si fuera una Constitución de la comunidad internacional.

La protección de la persona humana, como un eje principal en este nuevo derecho internacional contemporáneo, queda de manifiesto en el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas, al consagrar la protección de la persona asentándose en su dignidad humana e igualdad, al señalar:

> *"Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida han infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad (…)"*

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948[694], emana del resultado de los documentos elaborados para complementar la Carta de Naciones Unidas y garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento, reconociéndose como el primer instrumento y el fundamento de las normas en materia de derechos humanos.

El camino de la concepción individualista de la persona conduce lentamente del reconocimiento de los derechos del ciudadano de un Estado, al reconocimiento de los derechos del ciudadano del mundo[695].

En este sentido, la DUDH pretende, ante la falta de un catálogo de derechos y libertades fundamentales, "precisar el contenido jurídico del compromiso activo asumido por esta Organización y los Estados Miembros respecto a la protección universal de los derechos y libertades del ser humano, el cual es perceptible: primero, en el Preámbulo de la Carta

[694] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Historia de la Declaración*. [en línea] [Fecha de la consulta: 24 de febrero de 2023]. Disponible en https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration
[695] BOBBIO, N., op. cit., p. 17.

de las Naciones Unidas, en el cual se reafirma la «fe en nuestros fundamentales del hombre»; segundo, en la presencia entre los propósitos fundamentales de la Organización, «el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos» -artículo 1,3 de la Carta de las Naciones Unidas-; y, tercero, en el establecimiento de una obligación jurídicamente vinculante para todos los Estados Miembros de cooperar con la Organización para garantizar su respeto universal-artículos 55c) y 56 de la misma-"[696].

En el siglo XXI, nuevos factores vinculados al desarrollo tecnológico y el cambio climático generaron en la comunidad internacional un nuevo foco de preocupación respecto a la protección de los derechos humanos[697]. El surgimiento de nuevos derechos vinculados a las tecnologías, la globalización, así como el reconocimiento de la naturaleza como un titular de derechos, impactó igualmente en las nuevas tendencias de protección y reconocimiento de los derechos fundamentales de los extranjeros, considerándose nuevos factores de movilidad humana como el cambio climático y la migración forzada.

La importancia de los flujos migratorios a nivel mundial, motivados por múltiples factores políticos, sociales, económicos e incluso ambientales, hacen que la inmigración se convierta en un asunto de interés y preocupación para la sociedad internacional contemporánea[698].

2. La universalidad de los derechos humanos como base para la titularidad

En un principio, el reconocimiento y la garantía de derechos humanos, subjetivos de titularidad universal, era cuestión nacional que correspondía determinar por cada orden constitucional. Sin embargo, esta situación cambia a nivel internacional con la adopción de la Carta de Naciones Unidas en 1945[699].

Para las Naciones Unidas, los "derechos humanos" son "aquellos derechos que tenemos básicamente por existir como seres humanos; no están garantizados por ningún Estado.

[696] BONET, J., "*Las políticas…",* op. cit., p. 20.
[697] BONET, J., *"Historia…"* op. cit., pp. 67-68.
[698] BONET, J., "*Las políticas…",* op. cit., p. 11.
[699] SAURA, J., op. cit., p. 105.

Estos derechos universales son inherentes a todos nosotros, con independencia de la nacionalidad, género, origen étnico, color, religión, idioma o cualquier otra condición"[700].

Los derechos humanos suponen el reconocimiento universal de los derechos y libertades, inherentes a todos los seres humanos y aplicables a todas las personas en igual dignidad, independiente de su nacionalidad, color de piel, idioma, género o cualquiera otra condición[701].

En su construcción internacional, los derechos humanos se caracterizan por ser universales, inalienables, interdependientes, irrenunciables, intransferibles, imprescriptibles e indivisibles[702]. Las características de los derechos humanos se ensamblan unas con las otras para formar una unidad: "no son partes de un todo, sino que son como la sangre, que es única, pero compuesta de múltiples elementos"[703].

La indivisibilidad implica que todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) forman una unidad. Son interdependientes entre ellos, toda vez que unos se apoyan en los otros para integrar la unidad o bloque[704].

Que sean "progresivos" significa que su concepción y protección internacional y regional se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo que se refiere al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control. Esto implica la irreversibilidad de los derechos. Una vez reconocidos, no es posible desconocerlos[705].

Algunas de estas características (como la indivisibilidad) fueron recogidas a nivel internacional por las Naciones Unidas en varias resoluciones, como por ejemplo, la "Proclamación de Teherán." Esta declaración reconoció la idea central de la

[700] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *"Qué son los derechos humanos?"* [en línea] [Fecha de la consulta: 22 de febrero de 2023]. Disponible en https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights.
[701] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Fundamento de las normas internacionales de derechos humanos.* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 24 de febrero de 2022]. Disponible en https://www.un.org/es/about-us/udhr/foundation-of-international-human-rights-law
[702] Para mayor análisis, véase CARPIZO MACGREGOR, Jorge. "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", en *Revista Mexicana de Derechos Constitucional*. 2011. N.° 25, p. 21 y ss.
[703] Ibidem, p. 18.
[704] Ibid., p. 23.
[705] Ibid., p. 21.

indivisibilidad de los derechos humanos y la imposibilidad de la realización completa de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales[706].

La universalidad significa que todo ser humano posee una serie de derechos con independencia del país en que haya nacido o habite. La universalidad hace énfasis en que la cuestión de los derechos humanos no es solo un asunto de cada Estado, sino de la comunidad internacional[707].

Este es el sentido de la DUDH y de los distintos Pactos Internacionales de Naciones Unidas: cada Estado posee la facultad de plasmar el derecho que quiera en su Constitución, en la forma que considere más conveniente, siempre y cuando esto no signifique una violación a los derechos consagrados en los instrumentos internacionales que ha ratificado ni a las normas de *ius cogens*[708].

La universalidad, como predicado de los derechos humanos, hace usualmente referencia a los titulares de esos derechos y reviste una significación material o de contenido con respecto a ellos. Lo que pretende es determinar materialmente los sujetos a quienes se adscriben tales derechos; el rasgo de universalidad significa que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos[709].

---

[706] Proclamación de Teherán. Aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2442 (XXIII), de 19 diciembre de 1968.
[707] CARPIZO, J., op. cit., p. 17.
[708] CARPIZO, J., op. cit., p. 18.
[709] LAPORTA, Francisco. "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 1987. N.° 4, p. 32. Para una crítica de la propuesta de Laporta, véase: PEREZ LUÑO, Antonio. "Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 1987. N.° 4, pp. 47-66. Cabe hacer alusión que la definición de universalidad de Laporta se sustenta en las teorías iusnaturalistas. Esta concepción dejaría fuera a los derechos humanos del ámbito de los sistemas jurídicos positivos, porque, en efecto, no se hablaría de derechos que unos tienen y otros no en función del sistema jurídico en que se encuentra; por ende, habría una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de Universidad, a no ser que se sustente la existencia de un sistema jurídico positivo cuyas normas sean universales, en cuyo sentido Laporta no está de acuerdo. La definición que entrega el autor está basada en que se consideren los derechos humanos como posiciones o situaciones de todos los miembros individuales de la clase "ser humano"; que se considere moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte para articular una protección normativa en su favor, es decir, adhiere a la tesis que configura la noción de los derechos humanos como derechos morales.
La impronta de un naturalista se refleja también en la propia definición explicativa de los derechos humanos propuesta por Laporta que, como se ha indicado, los concibe como bienes morales de todos los seres humanos, que entrañan razones fuertes para deber ser protegidos normativamente.

Como se comentó en la introducción de este capítulo, la universalidad juega un rol fundamental para entender la titularidad de derechos. La universalidad de los derechos es una de las particularidades más importantes de los derechos humanos y sobre la cual existe más controversia, específicamente en la titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos de manera general; su carácter racional y abstracto al margen del tiempo (para cualquier momento de la historia); y la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción[710]. Para efectos de esta investigación, el foco estará puesto en la relación entre universalidad y titularidad de derechos.

Para comprender esta discusión es necesario señalar la diferencia entre "universalismo de los derechos" y "universalidad de los derechos". Para Gregorio Peces-Barba, sería más preciso hablar de "universalismo": refiriéndose a una cualidad propia y exclusiva de los derechos, sin relación o comunicación con ningún contexto[711].

Por su parte, Francisco Laporta considera que el término más adecuado es el de "universalidad", ya que hace referencia a derechos universales en el sentido de racionales y válidos para todos los hombres, pero situados en un contexto histórico o geográfico. La presente investigación se adhiere a la propuesta de Laporta, en tanto considera los contextos y situaciones heterogéneas de la configuración de los derechos humanos.

La vocación universal de los derechos humanos también ha sido objeto de una serie de críticas. El intentar mantener la exigencia que postula que los derechos humanos son para todas las personas, sin considerar los procesos de globalización o el tránsito de las fronteras entre un Estado a otro, abre un abanico de discusiones que erosionan, de una u otra forma, la idea de universalidad de los derechos humanos y que vale la pena revisar.

La universalidad de los derechos es impugnada desde los sectores del pensamiento más filosófico; que comulgan con los objetivos jurídicos desde su dimensión racional, así como en su concepción de los derechos en términos temporales y espaciales. Esta forma

[710] PECES-BARBA, Gregorio. "La Universalidad de los Derechos Humanos", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho.*1994. N.° 15-16.
[711] PECES- BARBA, G., "*El universalismo…"* op. cit., p. 615.

de concebir los derechos puede conducir al rechazo de la idea de universalidad: separándolos de su raíz ilustrada y de sus orígenes liberales.

A juicio de Gregorio Peces-Barba:

> "Sería una conclusión precipitada que dañaría este concepto decisivo para el desarrollo de la democracia y para que el hombre pueda elegir libremente su moralidad en las sociedades actuales. Pero, por otra parte, esas críticas internas, que tienen fundamentos sólidos, obligan a una reelaboración del concepto de universalidad de los derechos humanos, tal como lo presentan hoy los defensores de un modelo racionalista abstracto. Una propuesta razonable parece posible con la doble función de atender esos argumentos de peso críticos y al mismo tiempo mantener las virtualidades de la idea de universalidad"[712].

Con la internacionalización de los derechos humanos se ha planteado un nuevo interrogante: ¿hasta qué punto los derechos humanos que han surgido históricamente, dentro de la cultura jurídico-política occidental, pueden ser exigibles respecto de sociedades ajenas a dicha tradición?, ¿los derechos humanos varían si se refiere al mundo islámico, o al África subsahariana? Nuevamente, la universalidad de los derechos humanos pone en jaque esta discusión[713].

Para dar respuesta a estos interrogantes, un sector de la doctrina, críticos del universalismo de los derechos humanos, vinculan las características de estos derechos con el relativismo cultural[714]. La idea de un modelo universal de cultura o de política, capaz de servir de canon para todas las sociedades, es errado. La imposición de un modelo histórico concreto, específicamente el modelo europeo occidental (para algunos de tipo

[712] Ídem.
[713] DÍEZ PICAZO, L., op. cit., p. 29.
[714] El relativismo cultural afirma que la cultura, incluyendo la religión, es la principal fuente de validez de un derecho o regla moral y que, en consecuencia, los derechos humanos se han de adaptar a estos estándares y pueden tener una gradación diferente en los distintos países del mundo, Un ejemplo corresponde a los países asiáticos que en la Conferencia de Viena de 1993 adoptaron una declaración en la cual, sin negar la universalidad de los derechos humanos, los ponían en contexto al señalar que "de la significación de la particularidades nacionales y regionales, también de los diversos antecedentes históricos, culturales y religiosos". SAURA, J., "*La universalización…*", op. cit., p. 133.

eurocentrista o también denominado neocolonialista), no puede sustentar la idea de universalidad en sociedades cada vez más heterogéneas[715].

Por otro lado, para quienes defienden la universalidad, la justificación ética, filosófica y jurídica de los derechos humanos descansa sobre la premisa de que compartimos un plexo de valores, plasmados en derechos que consideramos de validez universal[716]. No se trata de declarar la universalidad como un dogma ni rechazar por completo el relativismo, sino de encontrar el marco general adecuado, en la doctrina de los derechos humanos, que salvaguarde su universalidad[717].

Otro sector, que defiende el concepto tradicional de la universalidad de los derechos humanos, afirma que esta característica supone llevar a cabo una abstracción de las diferentes situaciones históricas, políticas, religiosas e incluso éticas, para reafirmar que tan solo se requiere el requisito de ser humano para ser titular de tales derechos[718].

Frente a estas críticas es importante señalar que la universalidad no implica una uniformidad, debido a que no puede descuidar factores extrajurídicos como la evolución política, la cultura, la idiosincrasia y las características y particularidades de esa nación; es decir, existe un margen de apreciación nacional respecto a la aplicación de la universalidad de los derechos fundamentales.

La característica de la universalidad no se opone a la historicidad de los derechos humanos. No son contradictorias ni opuestas, sino complementarias, toda vez que su historia se refiere principalmente a la evolución de la civilización, sus nuevos problemas, necesidades y retos; así como al contexto social y cultural de cada país[719].

Como bien han señalado algunos autores "el proceso de universalización ha supuesto el reconocimiento universal del derecho a la vida, a no ser sometido a torturas, a la prohibición de la esclavitud, al principio de legalidad, al de igualdad de todos los seres

[715] PEREZ LUÑO, A., "*La universalidad…",* op. cit., p. 101.
[716]MÉNDEZ, Juan y COX, Francisco. "Universalidad y relativismo", en *Lecciones y Ensayos*. 1997-1998. No. 69, p. 13.
[717] Ibidem, p. 15.
[718] BLANC ALTERMIR, Antonio. "La universalidad de los derechos humanos: algunas reflexiones", en *Social Review*. 2016. Vol. 5, n.° 1, p. 170.
[719] Ibidem, p. 19.

humanos, al derecho a la libertad y a un juicio justo, a circular libremente; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, opinión y expresión, reunión y asociación; a participar en el gobierno del país, al derecho de asilo, a casarse y fundar una familia, o a la prohibición de injerencias en la vida privada, o de hacer propaganda en favor de la guerra y apología del odio, a l derecho al trabajo, de sindicación, a la seguridad social, a la protección de la familia, al derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación y a participar en la vida cultural"[720].

Pero también la universalidad de los derechos humanos se pone en cuestión en los casos que se niega la titularidad a ciertas personas, ya sea específicamente por su condición de extranjero, o porque se rebaja o niega la calificación de derechos fundamentales a los derechos sociales y a algunos derechos políticos[721].

Estas situaciones, muchas de las cuales son resueltas por cada Estado en su ordenamiento jurídico interno, permiten determinar (y también cuestionar) si la característica de universalidad de los derechos humanos es realmente respetada tanto en su construcción como norma como respecto a sus titulares.

Otra tensión existente respecto al carácter universal de los derechos humanos se vincula con el concepto de multiculturalismo. El concepto de multiculturalismo alude, de una u otra manera, a la "relación entre la cultura occidental dentro de la que los derechos fundamentales han sido teorizados y jurídicamente estipulados, como si existiera una monocultura occidental indiferenciada y las 'otras culturas', a su vez diferenciadas en su interior" [722].

En otras palabras, el conflicto entre multiculturalismo y universalismo de los derechos entiende que las "otras culturas" (las no occidentales) son culturas distintas que no admiten la tutela de los derechos fundamentales, o como bien señala Ferrajoli:

[720] FERNANDEZ, Carlos. "Perspectivas del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos", en *Papeles El tiempo de los Derechos,* Madrid. Universidad Carlos III de Madrid, 2022, N.° 1, p. 5.
[721] AÑON, M., op. cit., p. 10.
[722] FERRAJOLI, Luigi. "Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo", en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* 2008. N.° 22, p. 36.

> "Esas culturas, por el contrario, deben integrarse totalmente en la cultura occidental, no solamente por lo que hace al reconocimiento de la igualdad titularidad en tales derechos, sino también por lo que respecta a la adhesión moral y política a los valores expresados en ellos"[723].

Cabe recordar que la universalidad de los derechos humanos permite mantener la idea de titularidad de los derechos de las personas humanas como una exigencia a la comunidad internacional, la cual tiene obligación de actuar, precisamente en nombre de la universalidad, cuando estos derechos sean violados, con el objetivo de poner fin a esa vulneración. La exigencia de universalidad es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y/o discriminación[724]; sin perjuicio de las consideraciones éticas, culturales, históricas y políticas que deben estar presentes en una interpretación y aplicación de los derechos humanos, acorde a un mundo multicultural y globalizado.

3. La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos

La dignidad humana es considerada base del fundamento de los derechos humanos. Por eso, resulta de gran la importancia relacionar este concepto con las formas de reconocimientos de derechos humanos en las distintas categorías jurídicas, como las mujeres, los indígenas y los extranjeros.

La dignidad humana no es un concepto jurídico ni tampoco político, sino más bien una construcción filosófica para expresar el valor intrínseco de la persona. Este constructo es derivado de una serie de rasgos de identificación que lo hacen único e irrepetible, que es el centro del mundo[725]. La contribución de la filosofía del derecho al debate adquiere una relevancia especial, porque sitúa en la raíz del problema a la dignidad humana como fundamento de la ética pública de la Modernidad, como una base de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que derivan de esos valores[726].

---

[723] Ibidem, p. 36.
[724] PEREZ LUÑO, "*La universalidad…",* op. cit., p. 108.
[725] PECES- BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2022. Pág. 65.
[726] Ibidem, p. 19. El autor indica que, en su opinión, la reflexión sobre la dignidad humana, desde la filosofía del derecho, se sitúa como una reflexión plena a partir del tránsito a la Modernidad y supone la idea del hombre como centro del mundo y centrado en el mundo. El trabajar en estos términos implica que

Existen múltiples concepciones de la dignidad humana; ya sea se aborde desde la perspectiva política, filosófica o jurídica; por lo que entregar una definición al concepto resulta complejo[727]. Por esta razón, la mayoría de los autores prefieren definirla delimitando sus características, las cuales configuran el fundamento de los derechos humanos.

Para el profesor Humberto Nogueira, la dignidad de la persona:

> "Es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, lo que constituye a la persona como un fin en sí mismo, e impide que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarla de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana, que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás"[728].

La dignidad humana singulariza y caracteriza a la persona de los otros seres vivos, en función de su razón, voluntad, libertad, igualdad e historicidad. La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo, columna vertebral básica del ordenamiento constitucional y fuente de los derechos humanos.

Para comprender el concepto de dignidad en relación con las personas extranjeras, se hará referencia a las definiciones y contribuciones elaboradas por Jürgen Habermas y Jeremy Waldron.

---

antropocentrismo y secularización o laicidad son las coordenadas en las que se encuadra el tema. La dignidad humana en la modernidad, y también en este siglo XXI, aparece en un contexto intelectual que arranca del tránsito a la modernidad, que ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales y que se sitúa en lo que se conoce como el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad; en los diversos procesos de liberación que conducen a la persona a la mayoría de edad y a la sociedad a una organización bien ordenada que contribuye al desarrollo de las dimensiones de esa dignidad.

[727] Para un estudio respecto a las diferentes concepciones de Dignidad véase: COFRÉ LAGOS, Juan Omar. "Los términos 'dignidad', y 'persona'. Su uso moral y jurídico. Enfoque filosófico", en *Revista de derecho*. 2004. Vol. 17, pp. 9-40; PYRRHO, Monique, CORNELLI Gabriele y GARRADA Volnei. "Dignidad Humana: reconocimiento y operacionalización del concepto", en *Acta Bioethica*. 2009. Vol.15, pp. 65-69.

[728] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay*. 2010. N.° 5, p. 82.

Jeremy Waldron, en sus estudios sobre "Dignidad y rango", establece que la dignidad puede considerarse de dos formas: por un lado, una "concepción ontológica basada en la idea teológica de que existen jerarquías dentro de la creación de Dios y de que los humanos ocupan un rango muy elevado, bastante por encima de las bestias y un poco por debajo de los ángeles"[729].

Por otro lado, la otra forma que propone es más constructivista, pues desarrolla la noción de dignidad basada en los sistemas reales de rango y nobleza, y presenta los derechos humanos como una universalización radical del estatus de inviolabilidad, tradicionalmente asociado con un alto rango[730].

El autor, al referirse a esta noción de dignidad (vinculada a un estatus o rango), hace alusión a la jerarquía pero no concebida en términos de unos seres humanos sobre otros, sino desde una perspectiva general; en lo que él llama "la gran cadena del ser". La noción de jerarquía utilizada permite articular una posición agresivamente igualitaria, respecto a que todos los seres humanos son básicamente iguales entre sí y que la negación de la igualdad relegaría a algunos a los "estatutos de animales o los elevaría a otros al estatus de dioses"[731].

En esta línea de configuración de la dignidad, Waldron también aborda el respeto de las personas en el uso del discurso de los derechos fundamentales. "El significado ordinario de 'respeto' tiene fuertes matices de deferencia, y la idea de que alguien respeta a otro transmite cierto sentido de deferencia hacia ella, cediéndole espacio, escuchándola, permitiendo que prevalezca su voluntad en lugar de la propia, y así sucesivamente"[732].

---

[729] WALDRON, Jeremy. "Dignity and Rank: In Memory of Gregory Vlastos (1907-1991)", en *European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie / Europäisches Archiv Für Soziologie*. 2007. Vol. 48, n.° 2, pp. 201-237.
[730] Ídem, p. 235.
[731] Ibidem, p. 217.
[732] Ibid., p. 223. Mientras el rango haya sido establecido, mientras se hayan establecido las castas y la nobleza, el respeto ha tenido un papel importante en definir la postura, comportamiento y actitud apropiados en presencia de superiores. Quizás, en la medida en que el rango y la dignidad están asociados con cargos públicos o con el desempeño de funciones públicas importantes, entonces el respeto puede estar orientado principalmente hacia el cargo y la función en lugar de hacia la persona. Este es el tipo de respeto que un juez reclama cuando amenaza a alguien con castigo por desacato al tribunal. Pero, para una amplia variedad de casos, la idea de respeto por el rango de alguien no era simplemente una cuestión de atender a la importancia de su cargo y comportarse en consecuencia: era deferencia debida a él, como tal, y tenía importancia en toda la gama de formas en que uno podría tratar con él. Era una forma de deferencia funcional y difusa.

Esta triada de dignidad/respeto/deferencia, a la que Waldron hace alusión, es desde donde es posible exigir ese respeto por todas las personas comunes como titulares de derechos. Es decir, un titular de derechos es una persona común a la que se le debe respeto y deferencia.

Para Waldron, la idea de que la dignidad se convierta en el objetivo o *thelos* de los derechos humanos no lo convence del todo. Considera que "tiene más sentido afirmar que la dignidad es un estatus normativo y que muchos derechos humanos pueden entenderse como incidentes de ese estatus. La relación entre un estatus y sus incidentes difiere de la relación entre un objetivo y los diversos principios subordinados que promueven dicho objetivo. No obstante, si se concibe la dignidad humana como un rango o estatus, persiste una dualidad entre normas generales que establecen ese estatus y normas particulares, como aquellas que prohíben la degradación"[733].

La hipótesis de Waldron es que la acción moderna de dignidad humana implica una igualación ascendente de rango, de modo que ahora se trata de otorgar a cada ser humano algo de la dignidad, rango y expectativa que antiguamente se otorgaba a la nobleza[734].

A nivel internacional, la incorporación de la noción de dignidad a los textos jurídicos es efectuada dentro del contexto del proceso de internacionalización de los derechos humanos. La dignidad humana es configurada como el valor fundamental e incuestionable de los derechos humanos. Existen otros valores fundadores, como la libertad, la igualdad, la solidaridad, la seguridad o la paz, pero la dignidad es situada antes que aquellos, "constituyendo una especie de *prius* lógico y ontológico"[735].

---

[733] WALDRON, Jeremy. "Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley", *en NYU School of Law, Public Law Research Paper*. 2009. N.° 09-50. *So there is my hypothesis: the modern notion of human dignity involves an upwards equalization of rank, so that we now try to accord to every human being something of the dignity, rank, and expectation of respect that was formerly accorded to nobility.*

[734] Ibidem, p. 229.

[735] MARÍN CASTÁN, María Luisa. "La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales", en *Revista de bioética y derecho*. 2007. Vol. 9, pp. 2-11. El Derecho internacional impulsó la reflexión a partir de los horrores totalitarios que desembocaron en la segunda guerra mundial, con el holocausto provocado por los nazis y los fascistas, y en las matanzas colectivas propiciadas por el stalinismo. Es quizás la respuesta más matizada y discreta frente a los excesos de algunos iusnaturalismos, que descalificaron la construcción positivista y le atribuyeron la responsabilidad de lo acaecido por debilitar las referencias morales en el Derecho.

Durante las últimas décadas, la dignidad humana ha desempeñado un papel protagónico en la jurisdicción internacional. Los documentos fundacionales de las Naciones Unidas establecieron una conexión explícita entre los derechos y la dignidad humana. Esto fue una respuesta clara a los crímenes masivos cometidos bajo el régimen nazi y las masacres de la Segunda Guerra Mundial[736].

Para Jürgen Habermas, "el respeto a la dignidad de todo ser humano prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar la vida de muchas otras personas"[737].

En este sentido, "la dignidad humana desempeña la función de un sismógrafo que registra lo que es constitutivo de un orden democrático legal; a saber, precisamente, aquellos derechos que los ciudadanos de una comunidad política deben concederse a sí mismos si son capaces de respetarse entre sí como miembros de una asociación voluntaria entre personas libres e iguales. La garantía de estos derechos humanos da origen al estatus de ciudadano de quienes, como sujetos de iguales derechos, tienen la facultad de exigir ser respetados en su dignidad humana"[738].

Tal como señala Habermas:

> "La experiencia de las violaciones a la dignidad humana ha desempeñado en muchos casos, y puede desempeñar aun, una función creativa: ya sea ante las insoportables condiciones de vida y la marginación de las clases sociales empobrecidas; o ante el trato desigual a hombres y mujeres en el lugar de trabajo, o la discriminación de extranjeros y minorías raciales, religiosas, lingüísticas o culturales; o también ante la terrible experiencia de mujeres jóvenes provenientes

[736] HABERMAS, Jürgen. "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", en *Dianoia: Anuario de Filosofía*. 2010. Vol. 55, n.° 64, p. 5.
[737] Ídem. En este artículo, Habermas defiende la tesis que sostiene que siempre ha existido una conexión interna entre la noción moral de dignidad humana y la concepción jurídica de los derechos humanos, aunque esta solo se haya manifestado de manera explícita en el pasado reciente. Contra posturas escépticas y estrategias deflacionarias, sostiene que el concepto de dignidad humana no es una expresión clasificatoria vacía sino que, por el contrario, es la fuente de la que derivan todos los derechos básicos (en la experiencia concreta de violaciones a la dignidad humana), además de ser la clave para sustentar la indivisibilidad de todas las categorías (o generaciones) de los derechos humanos. A través de una reconstrucción histórica y conceptual de dos tradiciones diferentes, demuestra cómo la idea de la dignidad humana sirve como un "portal" a través del cual la sustancia igualitaria y universalista de la moral se traslada al derecho.
[738] Ibidem, p. 10

> de familias inmigrantes que tienen que liberarse ellas mismas de la violencia de códigos de honor tradicionales; o por último, ante la brutal expulsión de inmigrantes ilegales y solicitantes de asilo. A la luz de tales restos históricos específicos, diferentes aspectos del significado de la dignidad humana surgen desde la plétora de experiencias de lo que significa ser humillado y herido profundamente"[739].

Esto generalmente se da por un elemento adicional en la construcción de la noción de dignidad, que es el "sentido de unidad social". En él, la idea del honor, asociado con los estatutos particulares de las sociedades estratificadas de la Europa medieval y de la Europa moderna temprana, generaba una paradójica generalización de un concepto de dignidad que no estaba originalmente orientada a la distribución igualitaria de la dignidad, sino que, por el contrario, servía como indicador de diferencias de estatus[740].

El concepto concreto de dignidad de honor social pertenecía al mundo de las sociedades tradicionales organizadas jerárquicamente. Una nueva noción de dignidad se originó cuando estas dignidades, dependientes del estatus que se daban siempre en plural, se fusionaron con la idea de la dignidad universal de todos los seres humanos..

La dignidad humana también requiere estar anclada en un estatus social perteneciente a una comunidad situada espacial y temporalmente, solo que en este caso, el estatus debe ser el mismo para todos. Así, el concepto de dignidad humana transfiere el contenido de una moral basada en el respeto igualitario al orden del estatus de ciudadano, que deriva el respeto propio desde el derecho de ser reconocidos por todos los demás ciudadanos como sujetos de derechos iguales y exigibles[741].

Bien lo explicita HABERMAS al señalar que:

> "Cada vez que un solicitante de asilo es deportado en un aeropuerto a puertas cerradas, cada vez que un barco que lleva refugiados que escapan de la pobreza se vuelca en el cruce entre Libia y la isla italiana de Lampedusa, o cada vez que se

[739] Ibidem., p.8.
[740] Ibid., p.12.
[741] Ibid., p. 14.

> dispara una bala en la cerca que divide la frontera con México, los ciudadanos de las naciones occidentales desarrolladas enfrentamos una cuestión inquietante. La primera declaración de los derechos humanos estableció un estándar que inspira a los refugiados, a todos los que han sido forzados de vivir en la miseria, a los que han sido excluidos y humillados; es un estándar que afirma que esos sufrimientos no son un destino natural. Con la traducción del primer derecho humano en derecho positivo surge el deber legal de cumplir con requerimientos morales rigurosos, y esto es algo que ha quedado grabado en la memoria colectiva de la humanidad"[742].

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 fue el primer instrumento jurídico en que se reconoció el concepto de dignidad y valor de la persona humana, lo que se ve reflejado en su preámbulo al señalar:

> "*(…) reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas (…)*" [743]

En un mismo sentido la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, también manifiesta en su preámbulo que:

> "*Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducir fraternalmente los unos con los otro*s."

La dignidad humana fundamentó posteriormente la adopción de pactos, tratados y convenios internacionales para la protección de los derechos humanos en este nivel. Así, el PIDCP y el PIDESC establecen en su preámbulo:

> "*Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el*

[742] Ibidem, p.19.
[743] Carta de las Naciones Unidas. Aprobada y firmada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, de 26 de julio de 1945.

reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables; reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana (…).

A nivel europeo, la dignidad humana suele vincularse a la construcción de la identidad europea[744]. Sin embargo, la noción de dignidad humana no se encuentra expresamente recogida ni en el Estatuto de Londres de 1949 (constitutivo del Consejo de Europa) ni en el Convenio de Roma de 1950 para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, pero si aparece en los trabajos previos a estos documentos[745].

Como veremos más adelante, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se refiere de manera explícita a la dignidad humana. Ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, el que ha desarrollado la necesidad de respeto y protección de la dignidad humana en relación con varios derechos[746].

En el Sistema Interamericano de Derechos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que su homólogo europeo, no menciona expresamente la dignidad a la persona humana ni el derecho a la dignidad, sin perjuicio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado en varias de sus sentencias la relación de violación de la dignidad como un derecho[747].

Esta situación se genera por la comprensión de la dignidad desde el sistema interamericano en clave de derecho y no como fundamento de este[748]. En algunas

[744] OCHOA RUIZ, Natalia. "La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana", en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos.* 2018. N.° 2, p. 206.
[745] Ibidem, p. 209.
[746] Ibid., p. 2013. El TEDH aludió por primera vez a la dignidad humana en el asunto *Tyrer*, relativo a un caso de castigos corporales que calificó de trato degradante. Al valorar la gravedad de los comportamientos, afirmó que uno de los principales propósitos del art. 3, que prohíbe la tortura y los tratos y penas inhumanos y degradantes, consiste en "proteger la dignidad y la integridad de las personas.". Quizás más relevante aún que la sentencia *Tyrer* son las sentencias *S.W.* y *C.R.* del Reino Unido. En ellas, el Tribunal proclamó por primera vez que "la verdadera esencia del Convenio es el respeto a la dignidad y libertad humanas", formulación que ha sido repetida en multitud de ocasiones y en relación con derechos de diversa índole. En la sentencia *Bouyid*, de 2015, el Tribunal llegó a afirmar que "cualquier interferencia con la dignidad humana ataca la misma esencia del Convenio". Por esta razón, la noción de dignidad subyace a todos los derechos reconocidos en el Convenio.
[747] BUSSO Giuliana. "La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Derecho*. 2021. N.° 87, p. 406.
[748] Ibidem, p. 408.

sentencias vinculadas al artículo 11 CADH (derecho a la honra)[749], la Corte Interamericana se ha referido explícitamente a la dignidad como un derecho, declarando su violación y determinando una vulneración del derecho a la dignidad[750].

Por otro lado, la Corte IDH también se refiere al concepto de la dignidad humana cuando se ocupa del daño inmaterial en la etapa de reparaciones. En estos casos, ha considerado que los efectos nocivos de los hechos que no tienen carácter económico o patrimonial no pueden ser tasados, por lo que el daño inmaterial, en términos económicos, puede comprender los funcionamientos y aplicaciones causadas a las víctimas directas y sus allegados.[751].

[749] Artículo 11 CADH. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación."*

[750] BUSSO, op. cit., pp. 417-418. La primera vez que la Corte IDH se refirió a la dignidad como derecho no lo hizo en función de las disposiciones del artículo 11, sino para reprobar una conducta que no hubiera podido considerarse violatoria de ningún derecho consagrado en la CADH: la falta de respeto a los restos mortales de una persona. Ello sucedió en el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala[10] (2002), en el que la palabra «dignidad» fue empleada para justificar la obligación del Estado de localizar los restos mortales de la víctima. Allí, el Tribunal sostuvo que «el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana» (§ 81) Las primeras sentencias en las que el Tribunal declaró la violación del derecho a la dignidad utilizando las disposiciones del artículo 11 se refieren a violaciones sexuales. Sin embargo, el mencionado derecho fue abordado de forma conjunta con los derechos a la integridad personal y a la vida privada —y, en algunos casos, también junto al derecho a la honra—, por lo que la lectura de estas sentencias no permite determinar cuál es el objeto del derecho a la dignidad y en qué se diferencia de los demás derechos mencionados Contreras y otros vs. El Salvador (2011) Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (2012), Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar)[11]. La mención del derecho a la dignidad también aparece en el voto razonado del juez Cançado Trindade. además, existe un caso en el que no queda claro si la Corte IDH consideró violado el derecho a la dignidad. Se trata de la sentencia Rodríguez Vera y otros vs. Colombia (2014), en la que el Tribunal ni siquiera se refirió al derecho a la dignidad, pero declaró, en los puntos resolutivos, la violación de «los derechos a la integridad personal y a la vida privada, contemplados, respectivamente, en los artículos 5.1, 5.2, 11.1 y 11.2 […] por la tortura y la violación de la honra y de la dignidad» de un detenido que sufrió actos de violencia sexual consistentes en la aplicación de descargas eléctricas en sus testículos. El Estado fue condenado por las apropiaciones y desapariciones forzadas de niños llevadas a cabo por militares durante el conflicto armado ocurrido en El Salvador. Una de las niñas, Gregoria Herminia, fue sometida a violaciones sexuales por el agente estatal que se apropió de ella y, en virtud de ello, la Corte IDH sostuvo que había sido sometida a tortura y que habían sido violados sus derechos a la vida privada y a la integridad personal. El Salvador fue condenado por la masacre de una población civil no combatiente y por la violación sexual de mujeres realizada por agentes estatales antes de su asesinato. La Corte IDH declaró que ello implicó un acto de tortura contrario a las disposiciones del artículo 5.2 de la CADH y una violación del artículo 11.2, que protege la vida privada.

[751] AMEZCÚA, Luis. "Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional*. 2007, N.° 8, p. 344. Ver Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 130, Caso Niñas Yean y Bosico versus República Dominicana, de 08 de septiembre de 2005.

Esto sin perjuicio que en el derecho constitucional latinoamericano la dignidad y los derechos humanos, como soporte del orden constitucional, están presente en la mayoría de las cartas fundamentales, como un elemento fundamentador de los derechos[752].

Desde la titularidad de derechos de las personas extranjeras, el binomio nacional/extranjero, si no se considera la dignidad humana como un derecho o un fundamento de los derechos humanos, puede dar lugar a prácticas de exclusión promovidas por el Estado a través su normativa, instituciones y política públicas.

Así, la idea del Estado-nación puede ser entendida como "una proyección hegemónica que excluye a los extranjeros o a los pueblos y naciones dentro de sus fronteras. En ese caso, es posible hablar de una construcción cultural de identidad hegemónica que opera sobre las demás"[753]. Esta idea se articuló hace más de 200 años en los procesos de colonización europea en América Latina [754].

En este último caso, es posible señalar la existencia de una suspensión de derechos (de la dignidad como derecho), construida bajo la lógica del Estado-nación, el binomio nacional/extranjero y dentro de la categoría de extranjero, entre la condición migratoria regular/irregular. En esta última condición, la dignidad como "estatus" adquiere más fuerza respecto a qué titulares y en qué condiciones se otorga o no un derecho fundamental.

4. La condición de vulnerabilidad de los extranjeros

Por último, cabe hacer una referencia a la vinculación existente entre los extranjeros como sujetos vulnerables, que requieren una especial protección de sus derechos humanos, estableciendo, en primer lugar, qué se entiende cuando hablamos de vulnerabilidad y, en segundo lugar, porqué las personas extranjeras se encuentran dentro de esta categoría.

[752] MOYA, op. cit., p. 3.
[753] ARÉVALO ROBLES, Gabriel, NAVAS-CAMARGO, Fernanda, BELTRÁN CÁRDENAS, Lady. "La suspensión excepcional de la dignidad humana. migración intrarregional sudamericana en clave de estigmatización", en *Derecho Penal y Criminología*. 2022. Vol. 43, n.° 115, p. 73-110.
[754]AREVALO, et al., op. cit., p. 78. La identidad del extranjero es la idea de la otredad que coincide con esa población no-blanca, pobre, iletrada y mestiza que proviene de lo profundo e incivilizado de la nación vecina.

Para la filósofa y jurista Martha Fineman, la vulnerabilidad no debería ser entendida solamente como apertura a un daño físico o emocional, sino que debería ser reconocida como la "condición humana primordial"; es decir, todas las personas humanas somos vulnerables:

> "Como seres humanos somos universales e individualmente susceptibles a los cambios, los cuales pueden ser positivos o negativos. En este orden de ideas, el término vulnerabilidad, utilizado para connotar la susceptibilidad continua al cambio, tanto en el bienestar corporal como social que experimentan todos los seres humanos, deja en evidencia que no existe una posición de 'invulnerabilidad' toda vez que no hay una manera concluyente de prevenir o evitar el cambio" [755].

Bajo esta premisa, la autora desarrolla la teoría de la vulnerabilidad: centrando la atención crítica, planteando nuevas preguntas y desafíos respecto a la responsabilidad individual y estatal, así como el papel del derecho. Además, aborda las relaciones sociales de inevitable desigualdad.

En ese sentido, la teoría de la vulnerabilidad va más allá de la afirmación normativa de la igualdad, ya sea formal o sustantiva, sugiriendo nuevos interrogantes respecto a los mecanismos que pueden ser justos y apropiados para estructurar los términos y prácticas de la desigualdad[756].

Esta teoría permite concebir una subjetividad política que reconoce e incorpora diferencias y que puede atender situaciones de inevitable desigualdad entre los sujetos

---

[755] FINEMAN, Martha. "Vulnerability and Inevitable Inequality", en *Oslo Law Review*. 2017. Vol. 4, N.° 3, p.11. "*The abstract legal subject of liberal Western democracies fails to reflect the fundamental reality of the human condition, which is vulnerability. While it is universal and constant, vulnerability is manifested differently in individuals, often resulting in significant differences in position and circumstance. In spite of such differences, political theory positions equality as the foundation for law and policy, and privileges autonomy, independence, and self-sufficiency.*
This article traces the origins and development of a critical legal theory that brings human vulnerability to the fore in assessing individual and state responsibility and redefining the parameters of social justice. The theory arose in the context of struggling with the limitations of equality in situations I will refer to as examples of 'inescapable' inequality. Some paired social relationships, such as parent/child or employer/employee are inherently, even desirably, unequal relationships. In recognition of that fact, the law creates different levels of responsibility, accepting disparate levels of authority, privilege, and power. Those laws, and the norms and rules they reflect, must carefully define the limits of those relationships, while also being attentive to how the social institutions in which they exist and operate (i.e. the family and the marketplace) are structured and functioning".
[756] Ibidem, p.2.

reconocidos en el derecho (o, mejor dicho, entre los reconocidos sujetos legales)[757]. La teoría de la vulnerabilidad no busca la igualdad sino la equidad, entendiendo esta última como un reconocimiento de características y condiciones de personas sociales y no solo la idea del trato igualitario[758].

El enfoque de la vulnerabilidad, según Fineman, no se centra en individuos o grupos específicos ni en los derechos humanos y civiles. No es un término de debilidad o desventaja, tampoco es otra forma de indicar una discriminación inadmisible. Al contrario, señala que abordar la vulnerabilidad humana pone de manifiesto algo que comparten todas las personas humanas, expone lo que deberíamos esperar de las leyes y estructuras sociales, así como las relaciones que organizan la sociedad e inciden en nuestra vida dentro de ella[759].

Aun cuando la teoría de la vulnerabilidad no prescribe una forma específica de organización estatal, aboga por un Estado receptivo a las necesidades humanas universales y a la reorganización de muchas estructuras existentes basadas en una concepción del orden legal que sobrevalora indebidamente la libertad y elección individual, y pasa por alto las realidades de la dependencia y vulnerabilidad humanas[760].

Ahora bien, abordando la temática desde las personas extranjeras, Moritz Baumgärtel, sobre la base de los trabajos y construcción teórica de Fineman, señala que la autora, "parte indicando que la teoría jurídica se ha centrado en un ilusorio 'sujeto humano universal' definido por 'autonomía, autosuficiencia y responsabilidad personal."[761] Esto se traduce a que el tratamiento que debe otorgarse a las personas humanas debe ir acorde con ese ideal y por ende de manera igualitaria. Este análisis llevó a la autora a la

[757] Como señala la autora " El prototipo del sujeto legal que ignora la vulnerabilidad y la dependencia es una tergiversación radicalmente individualista de lo que significa ser humano. Debe ser confrontado y disputado. Creo que el concepto del sujeto legal vulnerable tiene el poder de perturbar la lógica de la elección individual y la responsabilidad personal construida sobre este estereotipo liberal, y de facilitar la construcción de un contradiscurso efectivo para enfrentar la fijación del neoliberalismo en la responsabilidad personal y su insistencia en que solo un estado severamente restringido puede ser responsable.", p. 11

[758] Ibidem, p.13.

[759] FINEMAN, Martha. "Vulnerability and social justice". In *University Law Review*, 35 (2), Valparaíso University Law, 2019, p. 302.

[760] FINEMA, M., "*Vulnerability and Inevitable…"*, op. cit, p. 13.

[761] BAUMGÄRTEL, Moritz "Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights." In *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vo. 38 (I), Netherlands, 2020, p.13

conclusión que tal visión no era la adecuada, ya que no abordaba las razones subyacentes de la igualdad (como la disparidad en la riqueza y el poder) conllevando consecuencias adversas (como las limitaciones de la acción afirmativa)[762].

En este sentido, Fineman abandonó la noción de igualdad y adoptó un nuevo enfoque de la vulnerabilidad para explorar como la posibilidad siempre presente de daño, lesión y desgracia, inherente a la condición humana, afecta de manera diferente a diversas personas[763].

Si bien la construcción de la vulnerabilidad que presenta Fineman parte de la premisa de una situación que podríamos llamar de "la igual condición de vulnerabilidad de todas las personas humanas", en que las diferenciaciones y tratamientos que vienen de la mano del concepto de justicia social e igualdad material, en el caso de los extranjeros y específicamente en el enfoque de esta investigación (la titularidad de derechos fundamentales), parecieran no ser suficientes en la perspectiva de vulnerabilidad de las personas extranjeras en el Estado receptor.

Desde esta perspectiva compartimos las críticas de esta concepción por su énfasis en la universalidad. Tal como señala Moritz Baumgärtel:

> "Esta construcción de vulnerabilidad, aunque, por lo tanto, no se puede aplicar directamente al razonamiento legal uno a uno, resulta perspicaz, especialmente cuando consideramos cómo se manifiesta la vulnerabilidad en el contexto de la migración"[764].

Las personas migrantes pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad por diferentes factores que se superponen y derivan en diferentes categorías predeterminadas tanto situacionales o externas (circunstancias en la que se produce el desplazamiento, en el tránsito, en frontera y en destino) como individuales o internas (características intrínsecas del sujeto o vinculadas al país de origen)[765].

---

[762] Ídem.
[763] Ibidem, p. 14.
[764] Ibidem, p. 15.
[765] LA SPINA, Encarnación. "Algunas notas introductorias", en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos.* 2021. N.° 97, p. 10.

En este sentido, Encarnación La Spina aclara la relación de vulnerabilidad respecto a las personas extranjeras, señalando, en primer lugar, que la vulnerabilidad se aplica a cualquier migrante que enfrenta una negación de derechos debido a su estatus migratorio (refugiados, solicitantes de asilo, aquellos que cuentan con permisos de residencia excepcionales, entre otros), pero otros quedan excluidos pero por estar disfrutando de un estatus legal más fuerte: como las personas que ejercen sus derechos de libre circulación bajo la ley de la Unión Europea.

Por ende, "la distinción entre migrantes vulnerables y no vulnerables no pretende mezclar o borrar categorías legales; de hecho, estas se tendrán plenamente en cuenta en los análisis de las decisiones seleccionadas. Mas bien, la distinción se utiliza para permitir la adopción de un aspecto empírico adicional que captura los procesos excluyentes sociales y políticos en juego"[766].

La configuración del control de las fronteras y de las políticas de extranjería como un dominio reservado de los Estados sitúa a muchos migrantes ante diferentes formas de vulnerabilidad que, en muchos casos, atentan contra su dignidad y autonomía y, en otros, interfieren en su integración social, económica y política en las sociedades de acogida, amenazando incluso su permanencia en estas[767].

A esta concepción de vulnerabilidad debe agregarse un nuevo elemento que configura la situación de los inmigrantes en una posición aun más precaria frente al Estado receptor: la inmigración irregular.

Como algunos autores han planteado, el concepto de inmigración irregular debe considerarse en conjunto a un contexto jurídico que despliega efectos en las esferas del derecho, de la política, de lo constitucional y de lo laboral, entre otros; o por el contrario debe ser considerado como una realidad material evidente que exija de una canalización y ordenación jurídica que deba dar respuesta al fenómeno actual de las migraciones y en atención a aquellas que no cumplan los requerimientos legales de los países de destino[768].

[766] Ídem.
[767] ARCOS, Federico. "Vulnerabilidad frente a la dominación en las restricciones a la inmigración", en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. 2021. N.° 97, p. 13.
[768] LEONÉS SALIDO, José Manuel *Inmigración irregular y derechos fundamentales: ¿hay límites?*. Barcelona: Bosch, 2017, p. 17.

Esta distinción es fundamental para comprender la titularidad de derecho de los extranjeros. Asimismo, es fundamental para determinar si, en caso de considerarse "irregulares", también les corresponde o bien una titularidad limitada a ciertos derechos de carácter absoluto o si la limitación está dada debido al ejercicio de ciertos derechos al encontrarse en una situación administrativa irregular, como sería el caso de ciertos derechos sociales.

Este tratamiento irregular debe comprenderse necesariamente desde dos aristas. En primer lugar, desde el concepto de persona y las titularidades fragmentadas de derechos y, en segundo lugar, desde la normativa interna de cada Estado receptor para considerarse dentro de la categoría "regular o irregular", lo que se abordará en el capítulo relativo a los sistemas constituciones y legales de titularidad de derechos fundamentales.

La normativa de extranjería convierte a los extranjeros en situación administrativa irregular en "no sujetos"; al no reconocerles prácticamente ningún derecho y condenándolos a vivir y a trabajar en condiciones de explotación y marginalidad[769].

Las Naciones Unidas han señalado, respecto a la protección de los derechos humanos de los migrantes en situación de vulnerabilidad, que:[770]

> "En los casos en que los migrantes no encajan en la categoría jurídica específica de refugiado, puede resultar particularmente importante asegurar que sus derechos humanos sean respetados y protegidos y se hagan efectivos. Algunos migrantes necesitarán protección específica por las situaciones que han dejado atrás, las circunstancias en las que han viajado o las condiciones a las que se enfrentan a su llegada, o por sus características personales, como su edad, identidad de género, discapacidad o estado de salud. Los principios y directrices, que figuran en una adición al presente documento, se centran en la situación de los derechos humanos

[769] SOLANES, Ángeles. "Capitulo tercero. Sujetos al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles". En: DE LUCAS, Javier (et.al) *Trabajadores Migrantes*. Valencia: Germania, 2011, p. 57.
[770]OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS/GRUPO MUNDIAL SOBRE LA MIGRACIÓN. *Principios y directrices, apoyados por orientaciones prácticas, sobre la protección de los derechos humanos de personas migrantes en situación de vulnerabilidad* [en línea]. Ginebra: ACNUDH, 2023. [consulta: 03 de marzo de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/documents/tools-and-resources/principles-and-guidelines-human-rights-protection-migrants-vulnerable.

de los migrantes que pueden no considerarse refugiados en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, pero que se encuentran en situación de vulnerabilidad y, por lo tanto, necesitan recibir la protección del marco internacional de derechos humanos y tienen derecho a ello".[771]

En síntesis, situaciones como la creciente desprotección de las personas migrantes, las políticas de control fronterizo y la sistemática vulneración de derechos que se derivan de ellas, "vienen configurando un sujeto colectivo migrante que trasciende el sentido individual del impulso migratorio, para inscribirse en uno de los principales sujetos de resistencia y cambio"[772].

II. Las titularidades fragmentadas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

El Sistema Universal de Derechos Humanos no contiene tratados o acuerdos específicos respecto a la titularidad de derechos de los extranjeros, sino que, por un lado, reconoce un trato igualitario basado en la universalidad de los derechos "para todas las personas" y, por otro, solo hace referencias en algunos tratados respecto a alguna condición adicional de las personas extranjeras como, por ejemplo, ser trabajador migrante.

Es relevante revisar los instrumentos internacionales desde la perspectiva de la titularidad de derechos de los extranjeros, específicamente la Declaración Universal de Derecho Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Internacional sobre la Eliminación

[771] ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/37/34* [en línea]. 03 de enero de 2018. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/report-principles-and-practical-guidance-protection-human-rights-migrants.

[772] APARICIO WILHEMI, Marco. "El cansancio de los derechos. La movilidad Humana como resistencia y transformación". En: AÑAÑOS BEDRIÑANA, Karen (edit.) *El desarrollo humano y la protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables.* Madrid: Dykinson, 2021, p. 101.

de todas las Formas de Discriminación Racial[773]; con especial énfasis en la Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

El sistema universal ha creado órganos y mecanismos de control, cuyo objeto es la promoción de los derechos para que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales. Las Naciones Unidas realiza una labor importante a través de sus organismos especializados, como sus órganos subsidiarios, fondos, y programas en un sistema de cooperación permanente.[774] Sin embargo, ninguno de estos mecanismos produce un resultado con valor de cosa juzgada, esto es porque sus órganos no son judiciales.

Respecto al reconocimiento de la persona extranjera como titular de derechos humanos, en el derecho internacional de los derechos humanos, es necesario explicar las diferentes aristas en que es analizada esta temática. En primer lugar, se analizará la Declaración Universal de los Derechos Humanos como base de la estructura y reconocimiento de los DDHH de carácter universal. En segundo lugar, se abordará el tratamiento fragmentado de la titularidad que reconocen los Pactos Internacionales y Convenios, así como también las resoluciones o documentos de los organismos internacionales. Por último, se revisará el Estatuto jurídico de los trabajadores migratorios, específicamente el vinculado o el reconocido en la Convención de los trabajadores migrantes.

[773] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y sus órganos de control*. [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 23 de junio de 2023]. Disponible en https://www.ohchr.org/es/core-international-human-rights-instruments-and-their-monitoring-bodies

[774] FERNÁDEZ LIESA Carlos. "Perspectivas del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos." En *Papeles. El tiempo de los derechos*, N.° 1, Bilbao, 2022, p. 6. La ONU ha generado nuevos órganos subsidiarios para los derechos humanos como el Alto Comisionado de derechos humanos, o el Consejo de derechos humanos, creados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1992 y 2006, y ha creado muchos mecanismos de control como el Examen Periódico Universal, en el que los Estados hacen un análisis de su situación y asumen nuevas tareas en la materia. También es de corte clásico el mecanismo de informes en virtud del cual los Estados tienen la obligación periódica de presentar informes sobre el cumplimiento de sus obligaciones convencionales ante el Comité de que se trate en cada convenio. Se realiza un diálogo constructivo entre el Comité y el Estado que desemboca en unas observaciones finales y en unas recomendaciones.

1.Tratados, convenios y pactos de derechos humanos vinculados a los migrantes

1.1. La Declaración Universal como base de la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros

La DUDH, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948[775], es considerada como el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Es el primer instrumento internacional en utilizar el término "derechos humanos." Sin embargo, no otorga definiciones claras de lo que se entiende por "derechos humanos", limitándose a la construcción de sus principios y características básicas.

Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas, para los Derechos Humanos "la Declaración supone el primer reconocimiento universal que los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas, y que todos y cada uno de nosotros hemos nacido libres, con igualdad de dignidad y de derechos, independiente de nuestra nacionalidad, lugar de residencia, género, origen nacional o étnico, color de piel, religión, idioma o cualquier otra condición"[776].

Como se indicó al principio de este capítulo, el preámbulo de la Declaración Universal establece el respeto de la dignidad de la persona humana, lo que se proyecta a través del reconocimiento de derechos iguales e inalienables a todas las personas humanas al señalar que:

> "*El ideal común programático de la declaración se fundamenta en el principio de igualdad en materia de derecho y libertad de entre todos los hombres tal como se desprende de su artículo primero que señala todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos esto podría dar a entender que la declaración*

[775] Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
[776] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.. *Fundamentos de las Normas Internacionales de Derechos Humanos*. [en línea] s/f [Fecha de la consulta: 23 de junio de 2023] Disponible en https://www.un.org/es/about-us/udhr/foundation-of-international-human-rights-law

se inclina por la promoción de la igualdad de derechos y de trato entre nacionales y extranjeros"[777].

Esta conclusión preliminar sobre el trato igualitario entre nacionales y extranjeros, puede deducirse del contenido en la cláusula de no discriminación del artículo 2.º, con el derecho a la igualdad ante la ley y la protección igual ante la ley sin distinción alguna establecida en el artículo 7.º, ambos de la DUDH.

> *Artículo 2º. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

> *Artículo 7º. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*

La DUDH reconoce a las personas humanas como titulares de derechos humanos. Para esto, utiliza diferentes vocablos a lo largo de su articulado, tales como "todos los seres humanos"; "toda persona"; "todo individuo"; "todos"; incluso en una redacción prohibitiva al señalar que ciertos derechos no pueden ser vulnerados utilizando "nadie podrá ser o será…". Por ejemplo, en su artículo 1.º, reconoce una titularidad genérica de los derechos contenidos al señalar *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

[777] BONET, J., "*Las políticas…"*, op. cit., p. 20.

Esto es muy importante, ya que al emplear estas expresiones, como "toda persona", "todo individuo" y "nadie", permite hacer referencia a los titulares de derecho y delimitar el ámbito personal de quienes son protegidos por los Estados.

Por ejemplo, aquellos llamados "derechos absolutos", como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, aunque estén consagrados de manera genérica, pueden ver restringida su titularidad por condiciones específicas que establecen los Estados. En este último caso, el derecho internacional ha establecido instrumentos específicos para la regulación, protección y reconocimiento de la titularidad de derechos humanos[778].

Sin embargo, la equiparación de derechos e igualdades entre nacionales y extranjeros no es del todo cierta, toda vez que la misma DUDH contiene normas que restringen la titularidad de derechos a los no nacionales, limitando el ejercicio de ciertos derechos. Esto se da principalmente en dos casos: en primer lugar, respecto al derecho de participación política, y, en segundo lugar, respecto al ejercicio del derecho a la libre circulación[779].

Respecto al derecho de participación política, la DUDH establece en su artículo 21 este ejercicio en condiciones de igualdad respecto a todas las personas, sin distinción alguna. Sin embargo, la referencia al país del individuo, en su numeral 2, evidencia, como bien lo señala Bonet, la limitación de la titularidad de estos derechos a los nacionales del Estado[780].

> *Artículo 21.*
>
> *1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.*

[778] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Historia de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. [en línea] s/f [Fecha de la consulta: 11 de abril de 2023]. Disponible en https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration. El contexto histórico en que se adopta la DUDH contemplaba un tratado que tenía que convertir en norma jurídica obligatoria el contenido de la declaración. Esta situación enfrentó dos bloques ideológicos: por un lado, el Bloque Comunista, controlado por la Unión Soviética y enfocado a los derechos económicos, sociales y culturales; y por otro, los Estados Occidentales, liderados por Estados Unidos con énfasis en los derechos civiles y políticos. Esto significó la división del proyecto inicial en dos tratados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en 1966; SAURA, "*La universalización*…" op. cit., p. 120.
[779] BONET, J., "*Política…"*, op. cit., p. 22.
[780] Ídem.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

En el segundo caso, la DUDH reconoce el derecho que tiene toda persona a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Por su parte, el numeral 2 establece el derecho que tiene toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio. La interpretación de este articulado ha llevado a varios autores a plantear la existencia (o no) del derecho a migrar como un derecho humano que vale la pena señalar a la luz del artículo 13, aunque la norma no lo señale expresamente[781].

Artículo 13.

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país.

Tal como señala el profesor Karlos Castilla:

> "En ningún documento emitido por órganos, organismos, ni tribunales internacionales en el que se analiza o desarrolla la libertad de circulación y derecho de residencia aparece citado como norma relevante el contenido del artículo 13 de la DUDH, lo más que se hace es mencionarle para indicar que ahí fueron reconocidos o están también reconocidos esos derechos, para posteriormente centrarse solo en la norma de mayor relevancia para cada sistema"[782].

[781] CASTILLA, Karlos. "El artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Libertad de circulación y derecho de residencia", en *Papeles el tiempo de los derechos, Revista Huri-Age, Red tiempo de los Derechos*. 2023. N.° 22, p. 3. El autor desarrolla la construcción jurídica e historia de la libertad de circulación y el derecho de residencia en la DUDH, destacando los debates que la comunidad internacional para llegar a la norma actual.

[782] Ibidem, p. 18.

Desde la perspectiva latinoamericana, solo 8 países de los 19 que conforman la región han codificado expresamente el derecho a migrar y otros 7 no lo establecen directamente, sino que se refieren exclusivamente al respecto genérico de los tratados internacionales de derechos humanos[783].

Una postura intermedia (derivada de la filosófica política) señala que los Estados, mediante la dictación y ejecución de sus leyes, pueden determinar si el derecho a ingresar a un país de elección y fijar ahí su residencia puede ser considerado un derecho humano a emigrar[784].

Sin embargo, esta competencia no es absoluta, sino que, tal como señala la jurisprudencia de los sistemas jurisdiccionales de protección internacional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos), existen ciertos límites concretos para ejercer dicha competencia.

Salvo en el caso de los solicitantes de refugio y de la niñez inmigrante, los Estados pueden establecer restricciones al ingreso, siempre que sea por ley y corresponda a medidas necesarias y proporcionales[785].

La gran magnitud de las vulneraciones de los derechos humanos en frontera y la revitalización de los derechos como herramientas regulatorias pasa por una decidida defensa de los derechos de las personas en movimiento migratorio y por una incansable lucha por el reconocimiento efectivo del derecho a la movilidad humana[786].

[783] FEDDERSEN, Mayra, PASCUAL, Tomás y RODRIGUEZ-ATERO, Macarena. "El derecho humano a migrar en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos", en *Revista Chilena de Derecho*. 2022. Vol. 49, n.° 2, p. 44. Otros países como Cuba y Paraguay omitieron la referencia al derecho humano a migrar y no establecieron derechos específicos al momento de regular el ingreso y estadía de los extranjeros en el territorio nacional. Si bien Argentina y Ecuador establecieron el derecho a migrar como un derecho humano, el acceso a este derecho se ha visto limitado o condicionado por decisiones políticas y razones económicas.
[784] Ibidem. p. 64.
[785] Ídem.
[786] APARICIO, M., "*El cansancio…",* op. cit., p. 109.

1.2. Los pactos internacionales de derechos humanos, convenios y declaraciones, resoluciones y directrices de los organismos internacionales

Generalmente, se suele diferenciar en materia de protección de los derechos humanos en cuanto a sus mecanismos si son estos convencionales (basados en tratados internacionales) o no convencionales (que no están basados en tratados). Pero, como se señaló anteriormente, nuestro análisis se realizará en virtud de las normas internacionales vinculadas a la titularidad de los derechos de las personas extranjeras.

1.2.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos adoptados en 1966, tienen como objeto desarrollar y precisar, con carácter general y a través de obligaciones jurídicas internacionales exigibles a los Estados que hayan consentido en participar de ellos, los derechos y libertades enunciados en la DUDH[787].

Ambos pactos tienen como fundamento la igualdad de derechos entre todas las personas, así como la aplicabilidad del principio de igualdad y no discriminación[788], extendiendo la titularidad de la mayoría de los derechos y libertades reconocidos a todos los seres humanos.

El art. 2.1. PIDCP establece que:

> *"Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto, se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujeto a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin*

[787] BONET, J., "*Las políticas…",* op. cit., p. 26.
[788] Art. 2.1. PIDESC *Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social;* Art. 2.2. PIDESC. *Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

El PIDCP hace referencia a una titularidad genérica y colectiva de los derechos ahí consagrados en su artículo 1.º, al señalar que *todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación*". Sin embargo, como se comprobará más adelante, esta titularidad genérica no se encuentra establecida respecto de todos los derechos. Respecto de aquellos vinculados a la participación política y de acceso a la función pública, el pacto considera titulares de derechos a los "ciudadanos" (art. 25): condición vinculada a la nacionalidad y a la situación administrativa o residencia de la persona en el Estado receptor[789], excluyendo a los extranjeros del ámbito de los derechos de participación política y del acceso a la función pública.

En relación con el derecho a la libre circulación, el pacto circunscribe su titularidad a toda persona que se halle *legalmente* en el territorio de un Estado, reconociéndole además el derecho a escoger libremente su residencia (art. 12.1 PIDCP). A su vez, reconoce que toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

Si bien es posible observar que el vocablo utilizado por el pacto es genérico: "toda persona", el reconocimiento y ejercicio del derecho se encuentra reconocido a la condición de la persona en el territorio, es decir, a su legalidad. Se entiende, por lo tanto, que las personas que se encuentren en una situación migratoria "ilegal", en un determinado Estado, no estarían amparadas bajo la protección del pacto en esta materia.

Es más, el numeral 3 del artículo 12 PIDCP permite que estos derechos sean restringidos, siempre y cuando estas restricciones *se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el Presente Pacto.*

[789] LA SPINA, Encarnación. "Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares: alcance y limitaciones", en *Derecho y Libertades*. 2013. Ép. 2, n.° 28, p. 125.

Esta norma, si bien señala que la libertad o el derecho a la libre circulación no es un derecho en términos absolutos, sino que permite restricciones y limitaciones, estas deben estar siempre previstas en la ley y cumpliendo las condicionales que el mismo artículo prevé.

Esta disposición se encuentra en perfecta armonía con su numeral 4.º, al establecer que *nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país,* de manera que cualquier restricción a este derecho debe fundamentarse en las causales establecidas y reconocidas en la ley, sin perjuicio que los Estados son soberanos de establecer la regulación de quienes ingresan y permanecen en sus territorios; es decir, la autonomía que tienen estos de la regulación del ingreso y control migratorio.

En relación con esta norma, el Art. 13 PIDCP permite expulsar a aquellas personas que no cumplan con la legislación vigente de los Estados en materia de extranjería:

> *El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente y hacerse representar con tal fin ante ellas.*

La restricción de la titularidad de este derecho de los extranjeros que cumplen con los requisitos de entrada y permanencia de los Estados explicaría que las garantías formales y de procedimiento en los supuestos de expulsión previstos en el artículo 13 del PIDCP se reconozcan únicamente en favor de los residentes legales. Ello, en la práctica, permitiría relativizar la restrictividad de la aplicación del artículo 13, ya que una de las principales causas de expulsión o salida obligatoria, en que suelen incurrir los extranjeros, suele ser la propia ilegalidad de la entrada o de la estancia[790].

[790] BONET, J., "*Las políticas…",* op. cit., pp. 28-29. Esto fue precisado por el Comité Derechos Humanos en su Observación General N.° 15 del año 1986, al señalar que quienes hayan entrado ilícitamente y los

Como señala el profesor Jordi Bonet, "si la cuestión se plantea en términos de la diferencia de trato entre los propios extranjeros, a partir de la distinción entre legales e ilegales, distinción que se infiere del tenor del artículo 12 del PIDCP, que diferencia entre quien se encuentre legalmente o no en el territorio del Estado, los mismos criterios de solución son extensibles al respecto; eso sí, considerando que, en principio, los extranjeros que no residen legalmente en un Estado, a diferencia de los que si lo hacen, únicamente no son titulares según el PIDCP del derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de la residencia"[791].

Si bien el artículo 26 del PIDCP reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y la protección de la ley sin discriminación, en paralelo con su art. 7 ya señalado; demuestra que no toda diferencia constituye una discriminación si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos[792].

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce lo que se ha denominado "una cláusula restrictiva general" en las cuales cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, en la medida que sea compatible con la naturaleza de esos derechos y cuyo objeto sea promover el bien general en una sociedad democrática, como bien se desprende de su art. 4.º:

> *Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.*

Si bien el PIDESC establece derechos de manera más genérica, podemos entender que existe una titularidad genérica de estos derechos económicos, sociales y culturales a los extranjeros, sometidos a limitaciones o restricciones establecidas por ley en los Estados

extranjeros que hayan permanecido más tiempo que el permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido no están amparados por sus disposiciones.

[791] Ibidem, p.30.

[792] BONET, J., *"Política…"*, op. cit., p. 27.

de destino, siendo esta diferencia de trato entre extranjeros y nacionales no constitutivas de un acto de discriminación arbitraria.

1.2.2. Convenios internacionales específicos desde un análisis fragmentado de la titularidad de derechos

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) reconoce como sujeto de protección y titularidad a las mujeres, sin distinción ni categoría entre mujeres. La consagración de la igualdad de las mujeres se establece respecto a los hombres, que han estado históricamente en posiciones de poder y reconocimiento de derechos, por el solo hecho de ser hombres, tal como se reconoce en su preámbulo:

> *"Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad."*

En su art. 1.º contempla una definición específica de discriminación contra la mujer, señalando que:

> A *los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su Estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.*

Vinculado a la extranjería, esta convención reconoce el derecho a las mujeres, en igualdad de condiciones respecto a los hombres, a adquirir, cambiar y conservar su

nacionalidad (art. 9.1 CEDAW). De esta forma, no se evitan las eventuales situaciones de apatridia que podría generar el matrimonio con un extranjero o el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio.

En un sentido más específico, la CEDAW, en su Recomendación General N.º 26 sobre las Trabajadoras Migratorias[793], reconoce que las trabajadoras migratorias pueden agruparse en distintas categorías sobre las bases que las obligan a migrar, los propósitos de la migración y la duración de su estadía, la vulnerabilidad al riesgo y el abuso, así como su estatus migratorio en el país de destino y las posibilidades de adquisición de la nacionalidad[794].

El alcance de la presente recomendación general "se limita a la situación de las siguientes categorías de trabajadoras migratorias que, como tales, desempeñan empleos mal remunerados, pueden correr un mayor riesgo de sufrir abuso y discriminación y es posible que nunca cumplan los requisitos necesarios para obtener la residencia permanente o la ciudadanía, a diferencia de las profesionales que emigran en el país en que trabajan. En muchos casos, estas mujeres no están protegidas por las leyes de los países de que se trata, ni de hecho ni de derecho"[795].

En un mismo sentido, la Asamblea General, en su resolución aprobada el 17 de diciembre de 2015 sobre violencia contra las trabajadoras migratorias, manifestó su preocupación al respecto:

> "Por las continuas denuncias de abuso y graves actos de violencia cometidos contra mujeres migrantes, tanto en razón de género, como violencia sexual, domestica, familiar, racismo y xenofobia, discriminación, prácticas laborales abusivas; condiciones de explotación en el trabajo y formas contemporáneas de esclavitud, formas de trabajo forzoso y la trata de personas, exhorta a los gobiernos

[793]COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N.° 26 sobre las trabajadoras migratorias CEDAW/C/2009/WP.1/R* [en línea]. de 5 de diciembre de 2008. [Fecha de la consulta 23 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/leg/coment/cedaw/2008/es/61897.

[794] Las categorías reconocidas en la recomendación son: trabajadoras migratorias que migran en forma independiente; trabajadoras migratorias que se reúnen con sus maridos u otros familiares que también son trabajadores; trabajadoras migratorias indocumentadas que pueden estar en una u otra de las categorías anteriores.

[795] Ibidem, p. 3.

> para que ‘adopten o refuercen medidas para proteger los derechos humanos de las trabajadoras migratorias, incluidas las trabajadoras domésticas, sea cual sea su estatus migratorio, a fin de desalentar la migración irregular, a que consideren la posibilidad de incorporar una perspectiva de género en las leyes de inmigración para prevenir la discriminación y la violencia contra la mujer, incluso en la migración independiente, circular y temporaria, y a que consideren, de acuerdo con la legislación nacional, la posibilidad de permitir a las mujeres migrantes, que son víctimas de violencia, solicitar permisos de residencia sin depender para ello de empleadores o cónyuges abusivos, y a que eliminen los sistemas de patrocinio abusivos”[796].

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) nace debido a la persistente discriminación racial y a los casos de racismo en todo el mundo, especialmente en el contexto de la descolonización y la lucha por los derechos civiles durante la década de 1960. La discriminación racial había sido una característica omnipresente en muchas sociedades: perpetuada por leyes, políticas y actitudes profundamente arraigadas.

La convención fue considerada necesaria para establecer un marco legal internacional que protegiera los derechos humanos fundamentales y promoviera la igualdad racial en todos los aspectos de la vida. Buscaba prevenir y prohibir cualquier forma de discriminación basada en la raza, el color, la ascendencia y origen étnico, y garantizar que todas las personas fuesen tratadas con dignidad e igualdad ante la ley, independientemente de su origen racial o étnico.

La CERD también incorporó una definición de discriminación racial en clave de igualdad, pero contemplando una excepción, al establecer que *esta convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos.*

[796] ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. *Violencia contra las trabajadoras migratorias. Resolución aprobada por la Asamblea General A/RES/70/130* [en línea]. 8 de febrero de 2016, p. 7 [Fecha de la consulta: 23 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/leg/resol/agonu/2016/es/109367.

Si bien, actualmente, la CERD prohíbe toda exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, la étnica o el origen nacional en el goce de los derechos civiles, políticos sociales y culturales, deja un margen de distinción respecto a quienes son considerados ciudadanos y quienes no lo son en el Estado y, en tal caso, esa situación jurídica no es considerada como discriminación racial.

Esta distinción debe ser entendida a la luz del contexto histórico de la convención, que deriva de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, aprobada por la Asamblea General en 1960, también conocida como "la Declaración sobre Descolonización"[797].

La declaración reconocía el derecho de libre determinación de todos los pueblos y proclamaba que debía ponerse fin al colonialismo de forma rápida e incondicional. A su vez, obligaba a los Estados a tomar:

> "Medidas inmediatas tanto en los territorios en fidecomiso y no autónomos como en todos los demás territorios que aún no hayan alcanzado la independencia para trasferir todos los poderes a los pueblos de esos territorios sin condiciones ni reservas, de acuerdo con su voluntad y deseo libremente expresados sin distinción de raza, credo o color, a fin de que puedan disfrutar completa independencia y libertad".

En base a esta estructura, en que se distinguía la convención, se establecía esta distinción entre ciudadanos y no ciudadanos, pero fue necesario, a efectos de comprender que se entendía por discriminación contra los no ciudadanos, elaborar un documento explicativo.

De esta forma, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General N.° 30[798], estableció el criterio de interpretación de la convención en relación con este otro grupo de protección distinto de los no nacionales,

[797]Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. Aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960.
[798]COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Recomendación General N.° 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos CERD/C/64/Misc.11/rev.3* [en línea]. 5 de octubre de 2004. [Fecha de la consulta 23 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/leg/coment/cerd/2004/es/132926.

en particular los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, como son los no ciudadanos indocumentados y las personas que no pueden demostrar la nacionalidad del estado en cuyo territorio viven, aun cuando hayan vivido en él toda su vida.

Tomando como base la Declaración de Durban contra el Racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, reconoció que la xenofobia contra los no nacionales; en particular contra los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo; constituía una de las principales fuentes del racismo contemporáneo y que las violaciones de los derechos cometidos contra los miembros de esos grupos se producen ampliamente en el contexto de prácticas discriminatorias y racistas[799].

De esta manera, la CERD estableció que "debe interpretarse que el párrafo 2 del artículo 1 trata de evitar socavar la prohibición básica de la discriminación; por consiguiente, no debe interpretarse que redunda en modo alguno en detrimento de los derechos y libertades reconocidos y enunciados en particular en la DUDH, PIDESC y el PIDCP" [800].

A su vez, señalaba explícitamente que "la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituiría discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo". Es decir, la diferenciación relativa a ciudadanos y no ciudadanos es señalada en el párrafo 4 del artículo 1, "con medidas especiales, no se considerará discriminatoria". Sin embargo, es posible considerar que esa excepción contemplaba en sí una discriminación indirecta respecto a los extranjeros: quienes, en la mayoría de las legislaciones internas de los Estados partes, no eran considerados ciudadanos. Para esto, se tomaba como base específicamente aquellos casos en que la ciudadanía necesitaba como requisito *sine qua non* la nacionalidad.

La Convención de los Derechos del Niño (CDN), cuyo sujeto de protección son los niños, niñas y adolescentes, también aplica el criterio de igualdad y no discriminación en el

[799] Declaración y Programa de Acción de Durban. Aprobada por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, de 31 de agosto de 2001
[800] COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRMINACIÓN RACIAL, op. cit., p. 2.

ejercicio de los derechos, agregando como criterio de diferenciación el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

En su preámbulo señala:

> *"La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño"*[801].

Respecto a la situación de la niñez migrante, la CDN establece el derecho a la nacionalidad de los NNA, sobre todo en los casos de apatridia (art. 7); la lucha de los Estados partes contra el traslado de niños al extranjero y su retención ilícita (art. 11) y la obligación de adoptar todas las medidas necesarias de protección si se trata de obtener el estatuto de refugiado (art. 22)[802].

Los Comités de protección de los Trabajadores Migratorios y de los derechos del niño han emitido dos observaciones generales conjuntas relativas a los niños, niñas y adolescentes en los contextos de las migraciones.

La primera corresponde a la observación general conjunta N.° 3 del CWM y N.° 22 CDN sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, en la cual se establece la doble vulneración que sufren los niños en el contexto migratorio[803].

---

[801] Convención de los derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Pág. 1

[802] Ibidem, p. 9.

[803] COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES / COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Conjunta N.° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N.° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios*

El objetivo de esta observación general conjunta es proporcionar la orientación autorizada sobre las medidas legislativas, políticas y cualquier otra que sea apropiada para adaptarse y garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de ambas convenciones, a fin de proteger plenamente los derechos de los niños en los contextos de la migración internacional[804], considerando el principio de igualdad y no discriminación, el interés superior del niño (contemplado en el artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño), el derecho a ser oído y expresar su opinión y participación, el derecho a la protección; a su derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; y a la no devolución y prohibición de expulsión colectiva en caso de menores de edad.

La segunda Observación General conjunta N.° 4 del CWM y N.° 23 de CDN se refiere a las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.[805] Específicamente, establece las consideraciones a la edad, el derecho a la libertad; las garantías procesales y el acceso a la justicia, los derechos en nombre de la entidad y a una nacionalidad, incluyendo la inscripción de los nacimientos y todas las salvaguardias contra la patria, la protección en materia de vida familiar, la no separación, la reunificación familiar, la protección contra todas las formas de violencia y abuso: incluidas la explotación, el trabajo infantil, el secuestro, la venta o trata de niños; el derecho a la protección contra la explotación económica, incluidos los trabajos prematuros y peligrosos (respecto a condiciones de empleo y seguridad social), el derecho de poder alcanzar un nivel de una vida adecuada, derecho a la salud, derecho a la educación y formación profesional, entre otros.

generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional [en línea]. 16 Noviembre 2018. [Fecha de la consulta 11 de febrero de 2024]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/pol/concobservations/cmw/2018/es/128417

[804] Ibidem, véase párrafo 7.

[805] COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES / COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Conjunta N.° 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N.° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno* [en línea]. 16 Noviembre 2017. [Fecha de la consulta: 11 de febrero de 2024]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/pol/concobservations/cmw/2017/es/128419

Un tema de gran importancia en la comunidad internacional es la protección de los menores no acompañados y la reagrupación familiar. En este sentido, las Naciones Unidas han emitido varios documentos al respecto.

El objetivo de la Observación General N.° 6 sobre trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen[806]:

> "Es poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de su familia, exponer la multiplicidad de problemas que experimentan los estados y otros actores para conseguir que esos menores tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de los mismos, así como proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de los referidos menores a la luz del contexto jurídico que representa la CDN con particular referencia a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de este a manifestar libremente sus opiniones."

En un mismo sentido. se establece esta preocupación en el Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre "El problema mundial de los niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos - Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos ".

Por último, respecto a la reunificación familiar, el Informe del ACNUDH[807] ha reconocido explícitamente que "Todos los niños tienen derecho a la vida familiar y, sin embargo, millones de ellos en todo el mundo sufren la separación, evitable, de sus familias y las consiguientes vulneraciones de sus derechos".

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aun cuando no reconoce explícitamente a los extranjeros como sujetos de

[806]COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General No. 6 sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6* [en línea]. 1 septiembre 2005. [Fecha de la consulta: 11 febrero de 2024]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/leg/general/crc/2005/es/38046

[807]ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Derechos del niño y reagrupación familiar. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/49/31.* [en línea]. 02 de marzo de 2022. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc4931-report-rights-child-and-family-reunification

derechos, su vinculación con la dignidad hace titulares absolutos a lo no nacionales del derecho a la vida e integridad física y psíquica, siendo un derecho absoluto que, desde el plano internacional, no permite vulneraciones por parte de los Estados.

Esto incluso se ve reflejado en los casos en que, si procediera la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado, si existen razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura en el Estado de destino, el Estado parte no puede proceder a su expulsión, devolución o extradición, debiendo velar por la integridad del extranjero que se encuentre en su territorio. Para determinar si existen estas razones, las autoridades competentes deben tener en cuenta todas las consideraciones pertinentes como la existencia, en el Estado de destino, de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos, tal como lo señala su artículo 3.º.

El Comité contra la Tortura, en su Observación General N.° 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22[808], establece que "el término 'expulsión' abarca, sin que la enumeración sea exhaustiva, la expulsión propiamente dicha, la extradición, la devolución por la fuerza, el traslado por la fuerza, la entrega, el rechazo en la frontera y la devolución 'en caliente' (incluso en el mar) de una persona o de un grupo de personas de un Estado parte a otro Estado".

Además, obliga a los Estados partes de aplicar el principio de no devolución:

> "En todo territorio que esté bajo su jurisdicción o en toda zona sujeta a su control o autoridad, o a bordo de todo buque o aeronave de su pabellón, a todas las personas, incluidas las que soliciten o necesiten protección internacional, sin ningún tipo de discriminación e independientemente de la nacionalidad de la persona o de su condición de apatridia, si es el caso, y de su situación jurídica, administrativa o judicial, en circunstancias normales o en estado de emergencia. Como señaló el Comité en el párrafo 7 de su observación general núm. 2, el

[808]COMITÉ CONTRA LA TORTURA. *Observación General N.° 4 relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22 CAT/C/GC/4* [en línea]. 4 de septiembre de 2018. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/catcgc4-general-comment-no-4-2017-implementation.

concepto de 'todo territorio que esté bajo su jurisdicción' incluye cualquier territorio o instalación y es aplicable para proteger a toda persona, sea o no nacional y sin discriminación, que esté sujeta al control *de jure* o *de facto* de un Estado parte"[809].

Esta observación es de gran importancia, sobre todo en aquellos Estados donde existen centros de internación de extranjeros, entendidos como lugares de reclusión de personas migrantes que se encuentran a la espera de su expulsión del territorio. Estos centros son considerados verdaderas cárceles de inmigrantes, donde las condiciones de salubridad, protección, hacinamiento, entre otros, ponen gravemente en peligro la vida de estas personas. Esto ha sido recogido por algunos Estados partes como España, en su séptimo informe periódico ante el Comité contra la Tortura[810].

En un mismo sentido, la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas señala que *ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada*.

A su vez, en su Observación General N.° 1 sobre desaparición forzadas en el contexto de la migración[811], establece que, dada la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran los inmigrantes en sus viajes; ya sea particularmente por la falta de documentación o vías legales (incluidas las zonas fronterizas); miles de extranjeros mueren, desaparecen o son declarados en paradero desconocido cada año, probando crisis humanitarias en muchas regiones del mundo.

Tal como señala el comité "dado que la desaparición forzada en el contexto de la migración tiene a menudo un cariz transfronterizo, con la observación general se quiere

[809]Ibidem, véase párrafo 10.
[810]COMITÉ CONTRA LA TORTURA. *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de España CAT/C/ESP/CO/7* [en línea]. 24 de agosto de 2023. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhshvDzzoQ%2BPaamEl0Cn%2FFCADCy5kgE6BAdvRdDw0J35woxX21j%2BSV8CzvMY940UYiblG02EMSHqBNccB3eI5O2%2Bz1Kqh3quhIDoiL0IfSa26H.
[811]COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. *Observación general núm. 1 (2023), relativa a la desaparición forzada en el contexto de la migración CED/C/GC/1* [en línea]. 26 de octubre de 2023. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/ced/general-comment-no-1-enforced-disappearances-context-migration.

fomentar la cooperación internacional y regional en las labores de prevención, búsqueda e investigación relacionadas con la desaparición de migrantes, de conformidad con las obligaciones de los Estados partes en virtud de la Convención"[812].

1.2.3. Relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes

En materia de procedimientos especiales y comités, el relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, que abarca a todos los países ―con independencia de si el Estado haya o no ratificado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares―, ha desarrollado diversos informes donde señala la protección y reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes, con especial atención a los niños, mujeres, la afectación en la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de asociación y el acceso a la justica, entre otros[813].

La Secretaría General de Naciones Unidas, el año 2020, en su reporte sobre derechos humanos de los migrantes, enviado por el relator especial sobre los derechos de los migrantes, señaló expresamente que:

> "Los migrantes a menudo enfrentan desafíos particulares que requieren intervención específica para proteger sus derechos humanos, ya sea debido a las situaciones que han dejado atrás, las circunstancias que enfrentan durante el tránsito o en el lugar de destino; las características personales: como su edad, identidad de género, discapacidad, estado de salud o una combinación de estas circunstancias o características. Estos desafíos son especialmente agudos para los migrantes en situaciones irregulares o aquellos que disponen de vías de migración precarias e irregulares. Algunos de estos desafíos incluyen la accesibilidad de la

[812] CASTILLA, Karlos. "Enforced disappearances in the context of migration: A brief review of General Comment Nº 1 of the Committee against Forced Disappearances". in *Torture Journal: Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture*. 2023. Vol. 33, n.° 3, pp. 109-112.
[813] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Informes Anuales del Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes*.[en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 17 de marzo de 2023] Disponible en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-migrants/annual-reports

migración, las condiciones de precariedad o explotación durante el tránsito y al llegar a destino, así como las múltiples formas de discriminación que se entrecruzan en desigualdades y dinámicas estructurales y sociales que conducen a niveles disminuidos y desiguales de disfrute de los derechos"[814].

En el año 2010, el relator manifestó su preocupación sobre los efectos de la penalización de la migración sobre la protección y el disfrute de los derechos humanos, advirtiendo al Consejo de Derechos Humanos de la creciente tendencia en penalizar la migración irregular y de los abusos cometidos contra los migrantes durante todas las etapas del proceso migratorio[815].

En dicho reporte, además, analiza la falta de atención a los derechos humanos en la gestión de las migraciones por parte de los Estados. Señala que estos últimos han focalizado sus planes exclusivamente en tratar temas de seguridad y control de fronteras, repercutiendo perjudicialmente en el disfrute de los derechos humanos de las personas migrantes.

En su Informe de julio de 2022[816], hace mención de forma específica a los efectos del cambio climático y la protección de los derechos humanos de los migrantes, y como estos desplazamientos pueden afectar su reconocimiento como sujetos titulares de derechos fundamentales, aumentando su vulnerabilidad. A su vez, señala la importancia del reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación respecto a los inmigrantes, teniendo en especial consideración situaciones específicas de vulneración, como las que sufren las mujeres, las infancias, la personas discapacitadas, las víctimas de trata, etc., tanto en la protección de sus derechos como en el acceso a derechos sociales, específicamente salud y vivienda.

[814]ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Derechos humanos de los migrantes. Informe de la Secretaría General A/HRC/45/30*. [en línea]. 03 de septiembre de 2020. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/documents/reports/human-rights-migrants-report-secretary-general.

[815]ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Derechos humanos de los migrantes. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes A/65/222*. [en línea]. 03 de agosto de 2010. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-migrants/annual-reports.

[816] ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes A/77/189*. [en línea]. 19 de julio de 2022. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-migrants/annual-reports

A su parecer,

> "La penalización de los migrantes irregulares por la infracción de encontrarse en un país sin la documentación adecuada hace que todos los migrantes, independientemente de su situación de inmigración, sean vulnerables a posibles actos de racismo o xenofobia. Las sociedades rápidamente distorsionan las situaciones de los migrantes y los vinculan a la criminalidad, incluida la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, el robo o hasta el terrorismo. La consecuencia es que los migrantes son propensos a los abusos y la violencia provenientes de brotes de xenofobia, como lo prueban algunas de las supuestas violaciones de los derechos humanos señaladas a la atención del relator especial durante los últimos dos años"[817].

Esta situación fue denunciada, y por ende, reiterada en su informe del año 2012 sobre la privación de los migrantes en situación irregular, específicamente en las alegaciones que presentan los Estados para justificar la detención de inmigrantes; en las que incluso se ha considerado la migración irregular como un problema de seguridad nacional o una cuestión penal, pasando por alto los derechos humanos que están en juego[818].

En materia de derechos sociales, el relator recalcó la existencia de una gran brecha entre la aplicación universal de los derechos humanos en teoría y el disfrute de estos derechos en la práctica. Si bien las normas internacionales de derechos humanos requieren que los Estados proporcionen una atención primaria esencial de la salud a todas las personas, independientemente de su nacionalidad o situación de inmigración, los Estados receptores se han mostrado poco dispuestos a cumplir esta norma, por temor a que tal iniciativa contrarrestara las políticas de control de la migración y sobrecargara los servicios sanitarios, así como otros servicios sociales.

[817] Ibidem, p.7.
[818] ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes A/HRC/20/24*. [en línea]. 02 de abril de 2012. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-migrants/annual-reports.

2. El *soft law* en materia de migraciones: observaciones generales y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular

El *soft law*; denominado por la doctrina internacional, en contraposición al *hard law*, se basa específicamente en la falta de carácter vinculante de su norma pero que puede generar efectos prácticos.[819] Sin embargo, la importancia de su contribución al derecho internacional y estatal cada vez resulta más indiscutible.[820]

El concepto de *soft law* se identifica con la versión amplia del mismo, aunque con algunas acotaciones. La doctrina definía el *soft law* como textos de elevado contenido técnico, elaborados en el seno de una organización internacional y, por supuesto, dentro de su marco competencial, concebidos con carácter recomendatorio[821].

En este sentido, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sus recomendaciones y ordenanzas, pueden ser consideradas *soft law* y gozar de una efectividad potencial dentro de los Estados adherentes[822].

La Observación General N.° 15 de 1986, relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al pacto[823], señala expresamente la cláusula general de igualdad contenida en el PIDCP, al señalar que los derechos que ahí están consagrados deben ser reconocidos "a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción"; por ende, son aplicables a todas las personas independiente de la reciprocidad, nacionalidad o condición de apatridia.

---

[819] WILLIAMS, Guido. "Conceptos de soft law, hard law, better regulation, smart regulation y políticas públicas", en *Biblioteca del Congreso Nacional – Asesoría Técnica Parlamentaria* [en línea]. 2021. [Fecha de la consulta: 24 de junio de 2023]. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/30361/1/BCN_soft_law_politicas_publicas_better_regulation_con_formato.pdf

[820] ARIZA, Eduard. "El *soft law* como parámetro formal de la vehiculación de los Derechos Humanos en el Derecho Positivo*", en Revista Estudios Jurídicos*. Época 2, n.° 22, p. 3.

[821] Ibidem, p. 20. En el pronunciamiento de múltiples fallos, los jueces acuden al *soft law* como parámetro interpretativo, en términos de especificación de su propio derecho. Su utilidad se ha manifestado especialmente en la precisión de conceptos jurídicos indeterminados.

[822] Ibid., p. 22.

[823] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto22* [en línea]. 11 de abril de 1986. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf

Con esta norma, se garantizan los derechos reconocidos en el pacto sin discriminación entre nacionales y extranjeros, salvo aquellos que solo son aplicables a los ciudadanos, en tanto que el articulo 13 solo es aplicable a los extranjeros. Además, recalca la necesidad de que los Estados partes presten una atención especial a los extranjeros de acuerdo con su legislación interna.

Sin embargo, nuevamente eleva como un principio fundamental en materia internacional la soberanía de los Estados, ya que señala que:

> "El pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias, un extranjero puede acogerse a la protección del pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia. El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo. Un Estado puede imponer también condiciones generales a un extranjero que se halle en tránsito. No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el pacto[824]".

Posteriormente, en el año 1999, El Comité de Derechos Humanos, a través de su Observación General N.° 27 respecto a la libertad de circulación contenida en el artículo 12 PIDCP[825], señaló respecto a esta libertad y el derecho a escoger residencia que: la cuestión de si un extranjero se encuentra "legalmente" dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede ser sometida a restricción de entrada de un extranjero, siempre y cuando se adecue a la obligaciones internacionales de ese Estado.

[824] Ibidem, véase párr. 5 y párr. 6
[825] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 15. Libertad de circulación* [en línea]. 02 de noviembre de 1999. [Fecha de la consulta: 14 de febrero de 2024]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/ref/infortem/ccpr/1999/es/130413.

Cabe destacar la importancia de esta aclaración que realiza el Comité de Derechos Humanos. En ese orden de ideas, un extranjero que hubiese ingresado ilegalmente a un Estado, pero se hubiese regularizado dentro del territorio, se encuentra legalmente dentro de este Estado de acuerdo con el art. 12 PIDCP.

Toda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia. En principio, los nacionales de un Estado siempre se encuentran legalmente dentro del territorio de ese Estado. Por lo tanto, una vez que la persona se encuentre legalmente en el territorio de ese Estado, cualquier restricción a su derecho consagrado en el art. 12 PIDCP, así como un trato diferenciado, deben estar debidamente justificados (párr. 4).

Una de las más recientes manifestaciones de *soft law* en materia de migraciones es la declaración que adoptó la Asamblea General de Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 2016, denominada "la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes", que reconoce expresamente la titularidad de derechos humanos de los migrantes. Este instrumento pavimentó el camino para la adopción de dos pactos mundiales: el Pacto sobre los Refugiados y el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular. El Pacto Mundial para una Migración, Segura Ordenada y Regular ha marcado la tendencia mundial actual en materia de inmigración.

El objetivo de este pacto, también denominado "*Global Compact*[826] o "Pacto de Marrakech sobre migración", es referirse a los migrantes en particular (entendiendo que

[826] GAMMELTOFT HANSEN, Thomas. "The normative impact of the Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration". En: GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas, GUILD, Elspeth, MORENO-LAX, Violeta, PANIZZON, Marion and ROELE, Isobel, *'What is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*. Lund: Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, 2017, pp. 7-10. Este término parece poner énfasis en la cooperación política y práctica en oposición a los compromisos legales. De hecho, el término '*compact*' ocupa un espacio peculiar en las relaciones internacionales, ubicado en algún punto intermedio entre la política y el derecho. Si bien los compactos pueden contener directrices y normas detalladas, rara vez se presentan como instrumentos vinculantes en sí mismos y tienden a enfatizar aspectos más técnicos y procedimentales de la 'buena gobernanza'. De hecho, el carácter no vinculante del compacto parece haber sido una condición previa para obtener un mayor respaldo estatal.

los refugiados tienen ya un derecho de protección internacional definido)[827], proponiendo un marco de cooperación para abordar la migración en todas sus dimensiones.

La Declaración de Nueva York hace más de 35 referencias a los derechos humanos y a la importancia de garantizar su pleno respeto[828]. En su párrafo 5, señala:

> *Reafirmamos los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. Reafirmamos también la Declaración Universal de Derechos Humanos y recordamos los principales tratados internacionales de derechos humanos. Reafirmamos, y protegeremos plenamente, los derechos humanos de todos los refugiados y migrantes, independientemente de su condición; todos son titulares de derechos. En nuestra respuesta respetaremos plenamente el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos y, cuando proceda, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario.*

Si bien, en materia de titularidad, el pacto pareciera entregar un mayor grado de protección para todas las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio, basándose en el derecho internacional de los derechos humanos, reafirmando el compromiso de eliminar todas las formas de discriminación contra los migrantes y sus familias, como el racismo, la xenofobia y la intolerancia; el análisis del contenido del pacto no refleja tal intención.

Esto queda de manifiesto en el párrafo 12 del pacto, al señalar que el propósito es "mitigar los factores adversos y estructurales que impiden que las personas puedan labrarse y mantener medios de vida sostenibles en sus países de origen, obligándolas a buscar futuro en otros lugares".

El pacto reafirma la soberanía nacional que tienen los Estados de determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional. Asimismo, podrán distinguir entre el estatus

[827] Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución A/RES/73/195, de 19 de diciembre de 2018. Párr. 4.
[828] Ibidem, párr.2.

migratorio regular e irregular, incluso al decidir con qué medidas legislativas y normativas aplicarán el pacto mundial, teniendo en cuenta sus diferentes realidades, políticas y prioridades, y los requisitos para entrar, residir y trabajar en el país, de conformidad con el derecho internacional.

Así, dentro de sus objetivos específicos se encuentran la minimización de los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país para evitar que, su desesperación, deban recurrir a la migración irregular. Asimismo, entre sus propósitos se encuentran también la gestión de fronteras de manera integrada, segura y coordinada: evitando, nuevamente, la migración irregular.

Este pacto compromete a los Estados únicamente a adoptar criterios no vinculantes sobre el tratamiento de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad. Sin embargo, es posible observar que, de una u otra manera, ha generado cierto impacto en los marcos normativos relativos a extranjería e inmigración[829].

Uno de esos impactos, a nivel de las normativas internas, radica en que la nueva ley de migraciones de Chile, adoptada el año 2021 y cuya entrada en vigor fue a partir del 2022, utiliza de base este pacto sin suscribirlo. Sin embargo, el ejecutivo de la época, el 10 de diciembre de 2018, señaló que no suscribirían dicho pacto, pues no les parecía (como Gobierno) "conveniente para los chilenos suscribir un pacto que dificulta el proceso de poner 'orden en nuestra casa en materia de migraciones'". Asimismo, a juicio del ejecutivo de la época, "fomentaría las migraciones irregulares"[830].

La nueva normativa chilena, adoptada el 2021[831], establece sus principios en atención al pacto, definiendo en sus primeros artículos la migración segura, ordenada y regular como uno de sus principales objetivos.

---

[829] GAMMELTOFT HANSEN, T., op. cit., p. 7.

[830] Al respecto, véase: BBC NEWS MUNDO. Por qué Chile y República Dominicana rechazaron el pacto mundial sobre migración de la ONU. En: *BBC* [en línea]. 11 de diciembre de 2018. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46524358; LUNA, Patricia. La polémica retirada de Chile del Pacto Mundial para la Migración de la ONU. En: *France 24* [en línea]. 11 de diciembre de 2018. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.france24.com/es/20181211-retirada-Chile-pacto-migracion-onu

[831] CHILE. Ley N.° 21.325 de Migración y Extranjería. Diario Oficial de la República de Chile, 20 de abril de 2021, n.° 42934, pp. 1-42.

3. El estatuto jurídico de los trabajadores migratorios

Para la comunidad internacional, la movilidad humana ha sido un tema de especial preocupación, sobre todo cuando dicha circulación de personas tiene un móvil económico y laboral: es decir, la necesidad de la persona de salir de su país de origen en búsqueda de nuevas y mejores oportunidades laborales. Esto ha repercutido en la necesidad de comprender y establecer un estatuto jurídico específico internacional respecto a los trabajadores migratorios[832].

Este nuevo orden internacional de protección de los trabajadores migratorios se ha efectuado principalmente mediante dos fórmulas. La primera, referida a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante CWM por sus siglas en inglés) y su comité respectivo y, la segunda, a través de la creación de la Organización Mundial del Trabajo (OIT) y sus normativas (convenios, protocolos y acuerdos).

Siguiendo el orden relativo a las titularidades fragmentadas de las personas extranjeras en el orden internacional, se abordará, en primer lugar, al CWM y, en segundo lugar, al desarrollo de la OIT en materia d emigración laboral, sin perjuicio que la creación de esta última es previa al nacimiento de las Naciones Unidas.

3.1. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

La necesidad de dar un marco universal de protección a los migrantes fue desarrollada en el contexto de la consideración por su vida laboral como móvil migratorio. Años de trabajo y debate en la comunidad internacional respecto a la preocupación por la situación de los trabajadores migratorios fue manifestada en el año 1972, cuando el Consejo Económico y Social, en su resolución 1706 (LIII), declaró su preocupación por el transporte ilegal de mano de obra de algunos Estados europeos y la explotación de trabajadores por parte de algunos Estados africanos[833].

[832] BONET, J., "*Políticas…",* op. cit., p. 34.
[833] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *La convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité Fact Sheet Nº*

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante CWM), fue adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990, entrando recién en vigor el 1 de julio de 2003.

La convención establece, desde la soberanía que tiene cada Estado, fijar su propia política migratoria: un estándar normativo universal en relación con todos los trabajadores migratorios y sus familias que, aun siendo partícipe de la tendencia hacia la igualdad de trato con el nacional, prevé una situación diferencial del trabajador migratorio respecto al nacional[834].

La convención tiene por objeto establecer normas mínimas que los Estados parte deben aplicar a los trabajadores migratorios y a sus familiares; independiente de su condición migratoria, tal como se deduce de su preámbulo al señalar que:

> "Los trabajadores no documentados o que se hallan en situación migratoria irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que, para determinadas empresas, ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal"[835].

A su vez, este artículo 1.º de la convención recoge esta idea al establecer su ámbito de aplicación a:

> *"Todos los trabajadores migratorios y sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación economía, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición"*

24 (Rev.1) [en línea]. Ginebra: Naciones Unidas, 2006. [Fecha de la consulta: 02 de marzo de 2023]. Disponible en https://www.ohchr.org/es/publications/fact-sheets/fact-sheet-no-24-rev-1-international-convention-migrant-workers-and-its.

[834] BONET, J., "*Políticas…",* op. cit., p. 26.

[835] Convención de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Pág.1.

Si bien es posible observar que la CWM solo se limita a reconocer los derechos de los inmigrantes trabajadores y sus familiares; incluyendo también a aquellos que vayan a realizar, realicen o hayan realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sean nacionales (art. 2.1); la expresión "todos los trabajadores migratorios" que utiliza la CWM no es equiparable a "todos los inmigrantes," sino que solo hace referencia a aquellos sujetos vinculados a una actividad remunerada en un Estado del cual no son nacionales, porque la movilidad por actividad laboral (con o sin familiares) puede acreditar o reconocer al extranjero como titular especial de categorización de derechos.[836]

En el artículo 4 de la CWM, se utiliza el término "familiares" para referirse a "personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con la legislación aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio", así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales.

Como señala Encarnación La Spina, "la consideración o no de los trabajadores migrantes como grupo vulnerable o colectivo excluido, es otro contrapunto para la titularidad de los inmigrantes, pues a diferencia de otros grupos más genéricos, es imposible desligar al inmigrante de su condición de trabajo o abstraerlo del ámbito laboral."[837]

La convención tiene como objetivo, a nivel universal, reforzar diversas disposiciones establecidas y aprobadas en los principales tratados de derechos humanos, con el fin de garantizar una protección internacional especifica y adecuada para los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares.

De acuerdo a Encarnación La Spina, la convención, tanto en su gestación como en su aplicación, pese a su reivindicación complementaria, implica apoyar la proyección del contenido de los derechos y los titulares de estos sobre cuatro relaciones importantes: primero, la superposición de derechos existentes; segundo, la existencia de los derechos ya existentes; tercero, la creación de "nuevos" derechos y, por último, la limitación de derechos existentes[838].

[836] LA SPINA, E., "*Convención…",* op. cit., p. 132.
[837] Ídem
[838] LASPINA, E., "*Convención…"* op. cit., p. 143.

Las limitaciones en la titularidad se pueden apreciar en los siguientes derechos: los derechos de participación política y de acceso a la función pública son modulados por el artículo 21 DUDH; mientras que el artículo 25 PIDCP considera titular de estos derechos a todos los ciudadanos, como una condición derivada de la nacionalidad y no de la situación administrativa o residencia[839]. La exclusión de la titularidad de estos derechos en la convención resultaría del todo coherente, pues los extranjeros no son titulares de derechos políticos en los instrumentos internacionales universales que sirven de base de la convención[840].

Aun cuando la convención resguarda esta universalidad de derechos en una aparente clave de igualdad a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, es ella misma quien diferencia entre ambos estatutos a la hora de abordar la titularidad de derechos.

En su artículo 5, establece que los trabajadores migratorios y sus familiares *serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, permanecer y 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. A contrariu sensu,* los trabajadores migratorios y sus familiares serán considerados indocumentados o en situación irregular si no cumplen estos requisitos.

Si bien la convención deja claro que hay derechos humanos universales que no dependen de la condición regular o irregular de los inmigrantes, el tratamiento que otorga respecto a los trabajadores en situación irregular es ambivalente. Esta situación deriva del hecho de que los Estados están en parte obligados a asegurar a este colectivo un trato digno, pero no a otorgarles los mismos derechos que a los inmigrantes admitidos en el Estado de destino a través de procedimientos legales establecidos[841].

Como señala La Spina, "estamos frente a situaciones de inferioridad por medio del trato diferenciado y la construcción de una pirámide jurídica convencional que sitúa en la base al inmigrante e indocumentado por oposición al que reúne las condiciones legales,

[839] LASPINA, E.," *Convención…"* op. cit., p. 125.
[840] BONET, J., "*Política..."* op. cit., p. 39.
[841] GARCÍA JUAN, Laura y CAICEDO CAMACHO, Dolly. "El estatuto jurídico del trabajador migrante internacional en el sistema interamericano de derechos humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* 2018. Vol. 51, N.° 152, p. 543.

impidiendo así al inmigrante, según su situación administrativa, el pleno disfrute de sus derechos"[842].

En este sentido, la convención no amplía los derechos dispuestos en los principales tratados internacionales respecto a los trabajadores migratorios ni, por otro lado, contiene una aplicación universal de los derechos, sino que, al contrario, entrega una aparente igualdad o un falso carácter universal respecto a los trabajadores migratorios y sus familiares[843]. Es posible señalar que, respecto a la CWM, el último estatus normativo de discriminación, diferencia y privilegio es la situación administrativa regular o irregular del extranjero [844].

Pareciera que únicamente, en el supuesto de una expulsión de trabajadores migratorios, se encuentra una mayor garantía en comparación a la restrictiva perspectiva del art. 13 DUDH, el cual resulta menos amplio frente al art. 12 PIDCP. La concepción de libertad de residencia y circulación podrían ser más innovadoras y garantistas; sin embargo, estas garantías se limitan a los trabajadores migrantes y sus familiares en situación regular los cuales gozan de mayores derechos respecto al procedimiento de expulsión[845].

La parte V de la convención establece disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares, como los trabajadores transfronterizos (artículo 58.1), los trabajadores de temporada (artículo 59.1), los trabajadores itinerantes (artículo 60), trabajadores vinculados a un proyecto (plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en este Estado su empleador) (artículo 61), trabajadores con empleo concreto (artículo 62) y trabajadores por cuenta propia (artículo 63).

La CWM genera en el mundo del derecho internacional de los derechos humanos una sensación de fracaso por el escaso número de estados que han aceptado ser parte de ella,

[842] LASPINA, E., "Convención…" op. cit., p. 127.
[843] Ibidem, p. 128.
[844] Ibidem, p. 135.
[845] BONET, J., "*Política…*", op. cit. p. 39; LA SPINA, "*Convención…"* op. cit., p. 130.

toda vez que no ha sido firmada ni ratificada por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, en concreto por la mayoría de los Estados receptores de inmigración[846].

Desde una perspectiva de su acceso y aplicación al contenido, uno de sus principales obstáculos es que está traducido a pocos idiomas, lo que dificulta su operabilidad y conocimiento, por parte de los migrantes, de sus derechos ahí contenidos. Esto lleva a concepciones erróneas por parte de los Estados receptores, al momento de comprender la convención, sobre todo en materia de titularidad de derechos o la posición y protección de los migrantes en situación irregular o indocumentados.

También es posible observar obstáculos en el ámbito legal, entre las legislaciones internas de los Estados en materia de extranjería. Asimismo, se manifiestan dificultades desde la óptica financiera/administrativa enfocadas directamente al control y regulación de los Estados respecto a los extranjeros. Finalmente, en el ámbito político, se manifiestan inconvenientes desde la seguridad y el control fronterizo[847].

Sin perjuicio de lo anterior, el aporte de la CWM es fundamental en la labor de reconocimiento específico de protección y garantías adicionales a los trabajadores migratorios y sus familiares en una situación administrativa regular[848].

2.1. La Organización Internacional del Trabajo y los trabajadores extranjeros

La OIT se crea en 1919 bajo el amparo de la Conferencia de Paz en París y posteriormente en Versalles, encomendando velar por el cumplimiento del estándar mínimo de respeto y protección de las personas trabajadoras. En su constitución, específicamente en los artículos 381 al 427, se establece la estructura de esta organización[849].

---

[846] *Status of Ratification Interactive Dashboard* [en línea] [fecha de consulta: 04 de julio de 2023]. Disponible en: https://indicators.ohchr.org//

[847] CHOLEWINSKY, Ryszard y MACDONALD, Euan. *The Migrant Workers Convention in Europe. Osbtacle to the Ratification on the International Convention on the Protection of the Right of All Migrants Workers and Members of their Faimilues; EU/EEA Perspectives*. París: Unesco, 2007, p. 51. El propósito de este reporte es analizar las razones que hay detrás de la no ratificación en una de las regiones con más recepción de migrantes en el mundo: el Espacio Económico Europeo, incluidos los 27 Estados miembros de la Unión Europea, Liechtenstein, Islandia y Noruega.

[848] LA SPINA, E., *"La Convención…",* op. cit., p. 126.

[849] Sobre la Historia de la OIT véase *Organización Internacional del Trabajo* [en línea][Fecha de la consulta: 04 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.ilo.org/es/acerca-de-la-oit/historia-de-la-oit. Las acciones en favor de una organización internacional que enfrentara temas laborales se iniciaron en el siglo

La constitución tripartita de la OIT (formada por los gobiernos, trabajadores y empleadores) contenía ideas recogidas en la Asociación Internacional para la Protección Internacional de los Trabajadores, fundada en Basilea en 1901[850].

La inmigración constituye una preocupación originaria de la OIT, ya que en el preámbulo de su Constitución de 1919 advierte la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y proteger "los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero"[851].

Uno de los convenios más importantes, que repercutió en materia de titularidades de derechos a los trabajadores en general, fue el Convenio sobre el Trabajo Forzoso N.° 29 de 1930[852], que definía el trabajo forzoso u obligatorio en su artículo 2.º como *todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para la cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.*

En el mismo artículo, en su numeral 2, establecía un periodo transitorio en que el trabajo forzoso u obligatorio podía ser utilizado siempre y cuando fuera únicamente para fines públicos y a título excepcional, cumpliendo las condiciones y garantías establecidas en el convenio como, por ejemplo, la establecida en el artículo 11.º que señalaba que *solo podrán estar sujetos al trabajo forzoso u obligatorio los adultos aptos del sexo masculino cuya edad no sea inferior a 18 años ni superior a cuarenta y cinco (…).*

Este documento fue modificado en el año 1957 mediante el Convenio N.° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, estableciendo que;

XIX, y fueron lideradas por dos empresarios, Robert Owen (1771-1853) de Gales y Daniel Legrand (1783-1859) de Francia. La OIT ha realizado aportes importantes al mundo del trabajo desde sus primeros días. La primera Conferencia Internacional del Trabajo en Washington, en octubre de 1919, adoptó seis Convenios Internacionales del Trabajo, que se referían a las horas de trabajo en la industria, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno de las mujeres, edad mínima y trabajo nocturno de los menores en la industria.

[850] Véase VALLÉS MUÑÍO, Daniel. "La Sección española de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores. Sus publicaciones y su influencia", en *Sociología del Trabajo*. 2021. N.° 98, pp. 59-71.

[851] LANTARÓN BARQUIN, David. "Migraciones laborales y Organización Internacional de Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal", en *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2020. N.° 152, p. 58. La preocupación de la OIT por la migración laboral se ha mantenido durante el periodo de entreguerras y los años posteriores a la II Guerra Mundial.

[852] Convenio sobre el trabajo forzoso (n.° 29), 1930. Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, de 28 de junio de 1930.

> "Después de haber tomado nota de que la Convención sobre la esclavitud de 1926, establece que deberán tomarse todas las medidas necesarias para evitar que el trabajo obligatorio o forzoso pueda dar lugar a condiciones análogas a la esclavitud y de que la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y practicas análogas a la esclavitud de 1956, prevé la completa abolición de la servidumbre por deuda y la servidumbre de la gleba." [853]

En materia de trabajadores migrantes, la primera referencia que encontramos es la recomendación N.°19 sobre las estadísticas de migraciones, en 1922. Este documento solicitaba a cada uno de los miembros de la OIT que comunique a esta organización toda la información que disponga concerniente a la emigración, inmigración, repatriación y al tránsito de los emigrantes en los viajes de ida y de regreso, así como las medidas dictadas o proyectadas en relación con dichas cuestiones. Este documento contenía indicaciones basadas solo en datos y estadísticas, sin contemplar normas relativas a la protección de los trabajadores migratorios.

En 1925, el Convenio sobre la Igualdad de Trato (accidentes del trabajo) de 1925 N.° 19 hace extensible este derecho a los trabajadores extranjeros, sin ninguna condición de residencia. Además, hace referencia a que todo Estado que ratifique este convenio se encuentra obligado a aplicarlo en sus colonias, posesiones o protectorados (art. 9). Nuevamente, se aprecia el presente factor colonial en la construcción de algunas titularidades de derecho; en este caso, reconociendo a favor de las personas trabajadoras en las colonias, posesiones o protectorado, la igualdad de trato en caso de que sufrieren un accidente de índole laboral.

Este documento se complementa además con el Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, cuya entrada en vigor fue en 1926, pero que actualmente se encuentra abierto a denuncia (estatus provisorio)[854].

[853] Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (no. 105). Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 25 de junio de 1957.
[854]Convenio sobre la igualdad de trato (Accidentes del trabajo) (no. 19). Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, de 05 de junio de 1925. Se trata de un Convenio

En 1935, el Convenio N.° 48 sobre la conservación de los derechos de la pensión de los migrantes reconoció, en clave de igualdad, los periodos de seguro cumplidos por personas, cualquiera sea su nacionalidad, que hayan estado afiliadas a instituciones de seguro de dos o más miembros independiente de su lugar de residencia.[855]

Con posterioridad a la II Guerra Mundial, en 1949 la OIT adoptó el Convenio N.° 97 relativo a los trabajadores migrantes[856], estableciendo en su artículo 2 la obligatoriedad de mantener *un servicio gratuito apropiado, encargado de prestar ayuda a los trabajadores migrantes y, especialmente, de proporcionales informaciones exactas, o a cerciorase de que funciona un servicio de esta índole.*

Este convenio reconoce la aplicación del principio de igualdad. Es decir, reconoce la aplicación de un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales sin discriminación de nacionalidad, raza, sexo, religión, siempre que se encuentren legalmente en su territorio. En su artículo 8.º reconoce el derecho de reunificación familiar y no devolución de los trabajadores migrantes.

En 1975 fue adoptado el Convenio N.° 143 de trabajadores migrantes, cuyo enfoque estaba centrado en la migración irregular, predicando los mismos derechos fundamentales que tiene un nacional en el trabajo a los inmigrantes[857].

En su preámbulo señala, tomando en consideración lo establecido en el Programa Mundial de Empleo de la OIT y el Convenio y la Recomendación sobre la Política del Empleo de 1964:

---

relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo cuya entrada en vigor fue el 8 de septiembre de 1926.

[855] Posteriormente hubo varios instrumentos propuestos relativos a los derechos de los trabajadores migrantes (que fueron retirados) relacionados al Convenio de los trabajadores migrantes de 1939 y sus recomendaciones n.° 61 y 62. Véase Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes (n.° 48). Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, de 22 de junio de 1935; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "107a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo". [en línea]. En: *Organización Internacional del Trabajo.* 05 de junio de 2018. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ilo.org/es/eventos-y-reuniones/conferencia-internacional-del-trabajo-cit/107a-reunion-de-la-conferencia-internacional-del-trabajo#proceedings

[856] Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado) (n.° 97). Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, de 01 de julio de 1949.

[857] Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) (no. 143). Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, de 24 de junio de 1975.

> "La necesidad de evitar los aumentos de los movimientos migratorios que sean excesivos, incontrolados o no asistidos, por las consecuencias negativas que acarrean en el plano social y humano y en la conveniencia de estimular el desplazamiento de capitales y de tecnologías más bien que el de los trabajadores, en función de las necesidades y solicitudes de esos países en el interés recíproco de los países de emigración y de los países de empleo, considerando igualmente el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, tal como se dispone en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*".*

El Convenio N.° 143 supone un cambio cualitativo en la reglamentación jurídica internacional de las migraciones laborales. Primero, porque obliga a los Estados a respetar a todos los trabajadores migrantes sin distinción alguna sus derechos humanos fundamentales ni dejar, por ello, de autorizar al Estado a adoptar medidas nacionales e internacionales para evitar la inmigración y el tráfico de trabajadores extranjeros ilegales; y segundo, porque reafirma que la política estatal ha de dirigirse a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato del trabajador extranjero legalmente establecido con los nacionales del Estado[858].

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), como organismo especializado de Naciones Unidas, ha establecido titularidades específicas en relación con los trabajadores migratorios, reconociendo otras figuras vinculadas al ámbito laboral (tanto formal como informal) y factores de mayor vulneración de este grupo como el género o la niñez.

La Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998)[859], establece directrices de protección para todos los trabajadores y las trabajadoras del mundo, considerando con especial atención los problemas de personas con

[858] BONET, J., "*Políticas…",* op. cit., p. 35. El Convenio 143 adoptan un contexto sociopolítico difícil condicionado por la persistencia de importantes flujos migratorios y la reivindicación de los estados en vías de desarrollo de un nuevo orden económico internacional si a ello se le añade la política jurídica en que se perfila resulta comprensible que un número significativo de Estado en especial los estados más desarrollados lo hayan considerado inaceptable.
[859] Véase *Organización Internacional del Trabajo* [en línea][Fecha de la consulta: 06 de marzo de 2023]. Disponible en: https://www.ilo.org/es/temas/migracion-laboral/normas-del-trabajo-sobre-la-migracion

necesidades sociales especiales: en particular los desempleados y los trabajadores migrantes[860].

A su vez, la OIT ha creado instrumentos que reconocen, dentro de sus cuerpos, derechos específicos para los y las trabajadoras migrantes. El Convenio N.° 181 sobre las agencias de empleo privada de 1997[861] contempla normas relativas al reclutamiento de un país para trabajar en otro territorio, para evitar abusos y prácticas fraudulentas.

El Convenio N.° 189 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos de 2011[862] dispone en su art. 8 que: *"Las legislaciones nacionales deberán contemplar normas que establezcan que los trabajadores migrantes contratados en un país para prestar servicios domésticos en otros reciban por escrito una oferta de empleo o un contrato de trabajo que sea ejecutorio en el país donde estos trabajadores prestarán servicio, antes de cruzar las fronteras nacionales".*

[860] Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Adoptada en la 86a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de 18 de junio de 1998 y modificada en la 110a reunión, de 10 de junio de 2022.
[861] Convenio sobre las agencias de empleo privadas (n.° 181). Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, de 19 de junio de 1997.
[862] Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (n.° 189). Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, de 16 de junio de 2011.

CAPÍTULO IV
LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los sistemas regionales de protección de derechos humanos son mecanismos específicos que nacen de la voluntad de los Estados quienes, con la celebración y ratificación de los tratados internacionales, establecen un orden jurídico internacional de protección teniendo en cuenta las características, costumbres, prácticas, historia y valores compartidos en cada región.[863]

Actualmente, existen tres sistemas regionales de derechos humanos: el Sistema Europeo, el Sistema Interamericano y el Sistema Africano y de los Pueblos Tribunales. A efectos del presente estudio, el foco estará puesto en los dos primeros para determinar, a nivel regional, el reconocimiento de la titularidad de derechos de las personas extranjeras. Toda labor universal de protección y reconocimiento de los derechos humanos de las personas extranjeras es complementada de forma autónoma e independiente con los sistemas regionales de protección.

La importancia de este análisis radica principalmente en que, mientras el Sistema Europeo de Protección de Derecho Humanos contiene un catálogo reducido de derechos reconocidos a los extranjeros en el Convenio Europeo para las Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) (pero con una amplia jurisprudencia en la materia); el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce una gran cantidad de derechos humanos a los extranjeros, teniendo como base el principio de igualdad y no discriminación: sin embargo, lo engorroso de su sistema conlleva que la jurisprudencia relativa a extranjeros sea escasa.

I. El Sistema Europeo de Derechos Humanos

El Sistema Europeo de Protección de Derecho Humanos nace con la aprobación del Convenio Europeo para las Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

[863] GARCÍA JUAN, Laura y CAICEDO CAMACHO, Dolly. "El estatuto jurídico del trabajador migrante internacional en el sistema interamericano de derechos humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* 2018. Año 51, n.° 152, p. 545.

Fundamentales (CEDH), creando así un sistema institucional de garantías y un órgano jurisdiccional llamado "Tribunal Europeo de Derechos Humanos", también conocido como "Tribunal de Estrasburgo" (TEDH), encargado de asegurar el respeto de los compromisos que resulten para las partes del convenio y sus protocolos.[864]

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humano

El TEDH nace en el seno del Consejo de Europa, organización internacional que promociona entre sus miembros el desarrollo y consolidación del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos[865]. Originalmente, el Convenio establecía dos órganos con funciones jurisdiccionales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos. La función de este último era ejercer un control previo de admisibilidad de los casos que llegasen al TEDH (similar a su homólogo en el Sistema Interamericano). Esto dificultaba bastante el acceso de las personas al tribunal, toda vez que limitaba la presentación de acciones de los individuos y enlentecía los procesos sometidos a su conocimiento.

Con la entrada en vigor del Protocolo N.° 11 en 1998[866], fue creado el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos con carácter permanente, aboliendo la Comisión Europea de Derechos Humanos y centralizando la jurisdicción y autoridad en el TEDH.
La función principal del TEDH es conocer aquellos casos de solicitantes individuales que, una vez agotados los recursos internos, sigan viendo vulnerado su derecho fundamental

[864] El Consejo de Europa, el CEDH y el TEDH son independientes de la Unión Europea. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no debe confundirse con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que aborda cuestiones de derecho comunitario y tiene su sede en Luxemburgo, ni con la Corte o Tribunal Internacional de Justicia, órgano judicial de Naciones Unidas con sede en La Haya.
[865] El Consejo de Europa es un organismo internacional de ámbito continental destinado a promover, mediante la cooperación de los Estados de Europa, la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente, sustentado sobre los valores de la democracia, los derechos humanos y el imperio de la ley. Véase *Consejo de Europa* [en línea] [Fecha de la consulta: 23 de abril de 2023]. Disponible en: https://www.coe.int/es/web/portal
[866] Instrumento de ratificación del protocolo número 11 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994. Boletín Oficial del Estado, de 26 de junio de 1998, número 152, 7 páginas. También véase SALADO OSUNA, Ana. "El protocolo de enmienda numero 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Instituciones Europeas*. 1994. Vo. 21, n.° 3, págs. 943-966; ALVARES – OSSORIO, Fernando. "Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI- 1998)"en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1998. N.° 56, pp. 135-162.

por parte del Estado contratante. Es la única jurisdicción internacional a la que pueden acceder los particulares en igualdad de condiciones que los Estados.

El tribunal es integrado por un número de jueces, equivalente a las Altas Partes Contratantes (actualmente 46 Estados), elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Para el examen y conocimiento de los asuntos sometidos a su jurisdicción, el TEDH actúa en formación de juez único sobre las denuncias inadmisibles y como comité de tres jueces, para decidir por unanimidad sobre la admisibilidad y fondo de un asunto sobre el que existe jurisprudencia ya consolidada en el tribunal. Cuando esta situación no se verifica, el TEDH actúa en una Sala compuesta por 7 jueces que se pronuncian por mayoría.

Por último, el TEDH puede actuar como Gran Sala compuesta de 17 jueces para decidir en los casos en que una Sala se inhibe a favor o se acepta una solicitud, como lo indica el art. 26.5 CEDH;

> "*Formarán también parte de la Gran Sala el Presidente del Tribunal, los Vicepresidentes, los Presidentes de las Salas y demás jueces designados de conformidad con el reglamento del Tribunal. Cuando el asunto sea deferido a la Gran Sala en virtud del artículo 43, ningún juez de la Sala que haya dictado la sentencia podrá actuar en la misma, con excepción del Presidente de la Sala y del Juez que haya intervenido en representación de la Alta Parte Contratante interesada."*

Además, el tribunal puede emitir opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del convenio y de sus protocolos. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el convenio y sus protocolos, ni a las demás cuestiones de las que el tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de la presentación de un recurso previsto por el convenio (Art. 47 CEDH).

En materia de derechos de los migrantes, el TEDH ha establecido en su jurisprudencia que la inhibición subsidiaria de este implica no exigir a los Estados otorgar un estatus

migratorio específico a los que no pueden ser expulsados. Sin embargo, en algunas decisiones, se puede observar un enfoque diferente, reconociendo un estatus migratorio precario que puede dificultar el ejercicio de los derechos garantizados en el convenio. [867]

La naturaleza subsidiaria del tribunal es reflejada en el requisito del agotamiento de los recursos internos para poder accionar en él [868]. El punto de partida es que, como órgano subsidiario, los principales garantes de los derechos humanos son los Estados. Toda su estructura se basa en el deber de los Estados contratantes de desarrollar recursos internos efectivos[869].

El tribunal, en sus sentencias, no plantea «en puridad» la cuestión de la titularidad de los derechos por parte de los extranjeros, salvo para concluir en una respuesta afirmativa o cuando debe recurrir a la ponderación como mecanismo de solución de conflictos entre derechos (tópico que se desarrollará más adelante). En los casos en que se impongan limitaciones a la titularidad de los extranjeros, el TEDH las aborda en detalle: valorando la legitimidad de esta, pero no en función de una hipotética consideración igual al nacional o de la lesión del núcleo del derecho, sino que en función de la justificación razonable y proporcionada del derecho para alcanzar una determinada finalidad legítima; incluso en el caso del artículo 3 de la CEDH (prohibición de la tortura)[870].

A continuación, se analizará la tensión existente entre la universalidad de los derechos humanos y la determinación de su reconocimiento en base al desarrollo jurisprudencial

[867] COSTELLO Cathryn. *The Human Rights of Migrant and Refugees in European Law*. New York: Oxford University Press, 2016. P. 51. Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), adopta un enfoque diferente al afirmar los derechos de la Unión Europea para ingresar y residir, los cuales dependen de la autorización nacional. Esta afirmación refleja características fundamentales inherentes al derecho de la UE, ya que el poder judicial considera al individuo como "el lugar de preocupación normativa" y su participación esta incorporada en la estructura de la integración europea a través de interpretaciones realizadas por numerosos participantes a lo largo del tiempo. El individuo queda legamente liberado de los límites constitucionales de su Estado miembro y se le otorga una capacidad inmediata de gobernanza a nivel supranacional.
[868] COSTELLO, C., "*The Human Rights*…", op. cit., p. 57.
[869] LAMBERT Hèlène. *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights.* Estraburgo: Council or Europe Publishing, 2007. P. 13 "the machinery of protection established by the Convention issubsidiary to the national systems safeguarding human rights"; COSTELLO, C., "*The Human Rights*…", op. cit., p. 55. En contraste, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estipula directamente deberes para los jueces nacionales, reflejando su papel compartido como jueces del derecho de la UE.
[870] ROIG, Eduardo. "Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación". En REVENGA SÁNCHEZ Miguel (coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración. Una visión desde Italia y España*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, p. 608.

que ha realizado el TEDH en sus sentencias relacionadas a las personas extranjeras. Las sentencias son selectivas: apuntando a la titularidad y ejercicio de derechos de las personas extranjeras bajo la protección y reconocimiento del Convenio.

2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos

La mayoría del contenido de la CEDH se refiere principalmente a derechos civiles y políticos, dejando los derechos económicos, sociales y culturales bajo la protección de la Carta Social Europea y/o el PIDESC. El derecho de asilo queda fuera de este margen regulatorio, rigiéndose por las Convenciones de Ginebra[871].

El catálogo de derechos garantizados en el CEDH es muy reducido[872]. En su primer artículo presenta el ámbito de aplicación del convenio, el cual resulta importante destacar a efecto de comprender el margen de protección que otorga el CEDH a las personas que están bajo su jurisdicción. En los artículos 2.º al 14.º expone los derechos civiles ahí reconocidos. Por último, en los artículos 15.º al 18.º manifiesta los límites a las derogaciones en casos de estados de excepción, las restricciones a la actividad política de los extranjeros, la prohibición del abuso de derecho y las restricciones a los derechos propiamente tal.

Para otorgar un mayor alcance de los derechos y libertades a todas las personas, los gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa dictaron varios protocolos[873] complementarios que amplían el listado de derechos inicial[874]. En materia migratoria, el

[871] CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Tecno, 2003, p. 11. Eso se debió a que se pretendió proceder por etapas: protegiendo primero los derechos fundamentales sin los cuales los sistemas pluralistas de Estados democráticos de derecho no pueden funcionar. Todo esto en conjunto a que, en el Consejo de Europa, los derechos sociales son objeto de reconocimiento y protección en la Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961 y entrada en vigor en 1965.
[872] Ibidem, p. 23.
[873] Sobre textos oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convenio y sus protocolos véase *Official texts European Court of Human Right* [en línea]. [Fecha de la consulta: 20 de junio de 2023]. Disponibles https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=
[874] Los Protocolos Adicionales son: el Protocolo adicional N.° 1, relativo a la protección a la propiedad, el derecho a la educación y el derecho a las libres elecciones; el Protocolo N.° 4 sobre libertad personal y libre circulación, incluyendo la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros; el Protocolo N.° 6, relativo a la abolición de la pena de muerte; el Protocolo N.° 7 sobre la protección de derecho fundamentales y libertades en procesos de extradición; el Protocolo N.° 12 sobre prohibición general de la discriminación; el Protocolo N.° 13 relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia; el Protocolo N.° 14 que mejora el sistema de protección de los derechos humanos en relación con la eficiencia y acceso al TEDH; el Protocolo N.° 15 sobre mejoras del sistema de protección en relación con la función de los jueces

más relevante es el Protocolo N.° 4 sobre libertad personal y libre circulación, incluyendo la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros.

2.1. El CEDH como canon de interpretación de los derechos humanos

2.1.1. Construcción de reglas de interpretación por vía jurisdiccional

En materia interpretativa, el TEDH ha desarrollado varias instrucciones específicas vinculadas a la forma en que debe ser entendida la igualdad y no discriminación, los límites que pueden imponerse al ejercicio de los derechos, o la extensión de los derechos a los extranjeros, entre otras[875].

En la aplicación del llamado "test de igualdad" el tribunal ha interpretado el art. 14 CEDH como no discriminación[876]. Esto significa que el precepto señalado no prohíbe toda diferencia de trato: sino que solo prohíbe aquel trato que puede resultar discriminatorio.

El art. 14 CEDH señala expresamente la prohibición de discriminación:

> *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

Es posible apreciar en esta norma la ausencia formal del principio de igualdad, por lo que ha sido necesario complementar esta idea con el Protocolo Adicional N.° 12, que en su preámbulo el cual considera como principio fundamental que todas las personas son iguales ante la ley y tiene derecho a la misma protección.

---

nacionales y las decisiones del TEDH (margen de apreciación) y el Protocolo N.° 16 sobre opiniones consultivas, cuestiones de interpretación o aplicación de los derechos y libertades establecidos en el CEDH y sus protocolos.

[875] FREIXES SANJUÁN, Teresa. "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El estándar mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furióí Ceriol*. 1995. N.° 11-12, pp. 97-115.

En este sentido, el TEDH, a través de su jurisprudencia, ha señalado que no todas las distinciones o diferencias de trato constituyen una discriminación prohibida. Una actuación u omisión es discriminatoria si "carece de justificación objetiva y razonable", es decir, si no persigue un fin legítimo con arreglo a los principios que se aplican normalmente en una sociedad democrática, o si no guarda una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

Es decir, el test de igualdad se verifica si se dan estos supuestos, dejando a las autoridades nacionales cierto margen de apreciación, que varía dependiendo de las circunstancias, los ámbitos y el contexto, para determinar si las diferencias entre situaciones que son análogas en otros aspectos justifican distinciones de trato jurídico.

No es necesario que la discriminación sea intencionada: el tribunal condena también las discriminaciones indirectas[877], tal como lo señaló en el caso sobre "*ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica*"[878].

Otra norma de interpretación establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido la aplicación de límites a los derechos, afirmando que el CEDH es configurado como un estándar mínimo que impone a los Estados contratantes obligaciones como garantes de los derechos consagrados en el convenio.

Para que las injerencias o limitaciones que establecen los Estados sean compatibles con el convenio, tienen que ser previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para conseguir un fin legítimo y han de ser proporcionales en relación a ese fin perseguido[879].

---

[877] ZILLER, Jacques. *Principios de igualdad u no discriminación, una perspectiva de derecho comparado. Consejo de Europa*. Bruselas: EPRS Servicios de Estudios del Parlamento Europeo, 2022, p. 8.

[878] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1474/62, Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, de 23 de julio de 1968.
Los demandantes, padres de familia de nacionalidad belga, plantearon sus demandas ante la comisión, tanto en su nombre como en representación de sus hijos menores de edad, cuyo número en conjunto era superior al de ochocientos, haciendo ver que ellos son francófonos o que usualmente se expresan en francés, y manifestaron su deseo de que sus hijos fueran educados en este idioma.

[879] FREIXES, T., op. cit., p. 7. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 5493/72, Caso Handyside. Sentencia, de 7 de diciembre de 1976. El caso Handyside es más conocido como el caso del «libro rojo del colegio». Se trata de la aplicación que el Tribunal de Estrasburgo hace de las excepciones que el convenio reconoce al principio de libertad de expresión. El hecho es el siguiente: una editorial inglesa publica el libro titulado *The little red schoolbook*, de origen noruego, y comienza su venta y difusión. Las autoridades británicas registran los locales correspondientes, confiscan el libro y, tras la sentencia de un

Sin embargo, no resulta del todo posible sostener que esta jurisprudencia permita realizar interpretaciones extensivas de manera que toda diferencia de trato en la cual se pueda ver sometida una persona extrajera sea incompatible con el convenio. Sin embargo, es posible deducir como mínimo un principio general en aplicación a la territorialidad del convenio[880].

2.1.2. La función consultiva de interpretación del TEDH

Con la entrada en vigencia, el 18 de agosto de 2018, del Protocolo adicional N.° 16 CEDH, la función consultiva del tribunal fue modificada, construyéndose una nueva base de diálogo entre los tribunales nacionales y el tribunal internacional.

El eje principal de este protocolo "es la posibilidad de que los tribunales nacionales puedan consultar directamente al TEDH sobre un asunto de su competencia. Las consultas pueden versar sobre los alcances de los derechos humanos consagrados en el convenio y sus protocolos y dichos alcances aplicados directamente en una sentencia emitida por los tribunales nacionales, toda vez que la consulta debe hacerse cuando exista un procedimiento ante el tribunal nacional"[881].

Esto quedó establecido en el art. 1.1 del mencionado protocolo al señalar que:

> "*Los órganos jurisdiccionales superiores de una Alta Parte Contratante, especificados de conformidad con el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a*

Tribunal de Apelación, destruyen la matriz y los ejemplares aprehendidos, al tiempo que imponen una multa al editor. La demanda pone de manifiesto que las autoridades británicas habían actuado vulnerando el artículo 10 del convenio, al adoptar medidas de injerencia en el ejercicio, por los particulares de su legítimo derecho, a la libertad de expresión. La demandante estima, además, que las medidas adoptadas no eran necesarias para proteger la moral, como decían las autoridades, y que estas habían aplicado la ley con discriminación en razón a las opiniones políticas del editor.

[880] Ibidem, p. 19.

[881] CORONA MACÍAS, Luis Antonio. "El procedimiento consultivo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nueva vía para el dialogo entre tribunales y la justicia multidimensional en derechos humanos" [en línea]. *BLOG del CEPC*, 27 de septiembre de 2023. [Fecha de la consulta: 01 de agosto de 2024]. Disponible en https://www.cepc.gob.es/blog/el-procedimiento-consultivo-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-nueva-para-el-dialogo-entre

Interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus protocolos. sus protocolos" [882].

Como lo explica Luis Antonio Corona, "la jerarquía tradicional aplicada a los sistemas jurisdiccionales nacionales no funciona cuando se trata de las relaciones entre los sistemas nacionales y supranacionales. La creación de jurisprudencia o doctrina internacional no implica que esos lineamientos deban ser siempre seguidos por los tribunales nacionales. Estos, con base en el principio *pro persona* o el margen nacional de apreciación, pueden establecer estándares aún más fuertes para la protección de los derechos humanos, lo que implica una relación heterárquica y no jerárquica"[883].

Sin embargo, la interpretación que realiza el TEDH bajo este procedimiento consultivo no tiene carácter vinculante (art. 5 Protocolo N.° 16 CEDH), sino que los tribunales nacionales siempre pueden utilizar el margen de apreciación nacional para aceptar una interpretación diferente. Mediante este nuevo mecanismo, las judicaturas nacionales tienen la posibilidad de evitar violaciones a los derechos contenidos en el Convenio al conocer y tener a su disposición las interpretaciones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza de cada derecho[884].

Los dictámenes consultivos que dicte el TEDH serán motivados. Sin embargo, si la opinión consultiva no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los jueces, cualquiera de ellos podrá formular una opinión separada respecto del tema consultado (art. 4.1 y 2 Protocolo N.° 16 CEDH).

3. Criterios de atribución de titularidad y ejercicio de derechos

Los problemas a los que se ve enfrentado el TEDH, relativos al reconocimiento de derechos fundamentales a las personas extranjeras, no se generan en el plano de la

[882]El Protocolo N.° 16 permite a los más altos órganos jurisdiccionales de una Alta Parte Contratante, especificados por esta, solicitar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que emita dictámenes consultivos sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el convenio o en sus protocolos. Protocolo N.° 16 de la Convención para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CETS No. 214), Estraburgo, de 2 de octubre de 2013.
[883] Ídem.
[884] Ídem.

titularidad sino en el ámbito de aplicación de la CEDH: fuera de su territorialidad y jurisdicción, y en las ponderaciones que utiliza para determinar ese mayor o menor grado de protección.

3.1. El principio de territorialidad de la CEDH

El art. 1.º, de la CEDH señala que *las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.* Este enunciado reconoce el principio de universalidad de la CEDH, estableciendo la titularidad de los derechos adscrita a todos los seres humanos.

Las obligaciones establecidas en el CEDH son entre partes, es decir, entre los Estados contratantes. Las personas son beneficiarias de los derechos contenidos en el convenio, tal como lo señala el art. 1.º del CED: *toda persona dentro de su jurisdicción.*[885], pero no crea obligaciones entre las personas y los Estados.

El convenio no se limita a proteger solo a las personas europeas, sino que tiene un alcance mucho más amplio. Esto se debe a que, al tener una dimensión universal, comprende a toda persona que se halle bajo la jurisdicción de un Estado parte, cualquiera sea su nacionalidad, incluso si carece de ella, quedando protegida por el CEDH en el goce de sus derechos y libertades fundamentales que en él se reconocen[886]. El concepto de persona que utiliza el CEDH es amplio, ya que incluye tanto las personas naturales como a las personas jurídicas, siempre que sean suficientemente independientes del Estado Contratante, como lo indica su artículo 34[887].

De la redacción del art. 1.º de la CEDH es posible desprender que los derechos y libertades reconocidos por el convenio son universalmente accesible a todas las personas, incluidos

[885] ZOETEWEIJ-TURHAN, Margarite Helena. "State jurisdiction and the scope or the ECHR'S protection (Article 1 ECHR)". En: MOYA MALAPEIRA, David y MILIOS, Georgios (edit.). *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden: Brill Nijhoff ediciones, 2021, pp. 2 y 3.
[886] CARRILLO SALCEDO, J., op. cit., p. 21.
[887] Art. 34 CEDH. *Demandas Individuales. El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.*

los extranjeros, independiente de su nacionalidad (o la falta de nacionalidad en caso de apatridia), título de residencia o domicilio: siempre que se encuentren dentro de la jurisdicción de los Estados Contratantes. Esto significa, al menos en la teoría, que los derechos y libertades reconocidos por el tribunal están universalmente disponibles para todas las personas, incluidos los extranjeros, ya sean nacionales o extranjeros o no nacionales de un Estado extranjero. Por lo tanto, las consideraciones de nacionalidad, residencia o domicilio son irrelevantes para determinar una reclamación de violación del convenio[888].

El convenio, por medio de su art. 24, permite que los Estados contratantes exijan el respeto de estas obligaciones sin tener que justificar un interés que se derive, por ejemplo, del hecho de que la medida que denuncian haya perjudicado a uno de sus propios ciudadanos. Al emplear la palabra 'reconocen' en lugar de 'se comprometen a reconocer' en el texto del art. 1, los redactores del convenio quisieron indicar, por añadidura, que los derechos y libertades del Título I se reconocerían directamente a quien quiera que dependa de la jurisdicción de los Estados contratantes[889], tal como lo indica el párrafo 4 del art. 56 de la CEDH:

> *"Todo Estado que haya hecho una declaración de conformidad con el primer párrafo de este artículo podrá en cualquier momento posterior, declarar que acepta con respecto a uno o varios de los territorios en cuestión, la competencia del Tribunal para conocer de las demandas de personas físicas, de organizaciones no gubernamentales o de grupos de particulares tal como se prevé en el art. 34 CEDH".*

Es decir, la titularidad de derechos de las personas se activa al momento de estar físicamente en el territorio del Estado parte. Sería suficiente con encontrarse físicamente

[888] LAMBERT, H., op. cit., p. 9; COSTELLO, C., op. cit., p. 6. Así lo estipuló el TEDH en el caso *Irlanda vs. El Reino Unido*, al señalar que, "el convenio, a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, desborda el ámbito de la mera reciprocidad entre los Estados contratantes. Además de una red de compromisos sinalagmáticos bilaterales, crea unas obligaciones objetivas, las cuales, según los términos de su preámbulo, disfrutan de una 'garantía colectiva." Respecto a la reciprocidad entre los Estados, el convenio no se encuentra sujeto a esta doctrina tradicional como otros tratados internacionales, véase LAMBERT, H., op. cit., p. 8.

[889] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 5310/71. Caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, §239.

en el territorio del Estado contratante o del Estado demandado para activar la protección de los derechos contenidos en el CEDH[890].

Esta posibilidad de acudir al TEDH demostrando la sola presencia física en un Estado contratante puede efectuarse porque el convenio no contiene una cláusula específica de titularidad respecto a alguna persona o colectivo en particular, sino que opera con una cláusula de titularidad genérica al referirse a "toda persona". Los redactores de la CEDH optaron por una concepción universalista de los derechos reconocidos en el convenio enfatizada en la expresión "a toda persona"[891].

3.2. El principio de universalidad de la CEDH: jurisdicción

La condición de extranjero no es un motivo de discriminación entre nacionales y no nacionales según el CEDH. Sin embargo, el mismo convenio contiene varias excepciones a este principio que significan una limitación o exclusión de los extranjeros en el ejercicio de algunos derechos humanos.

Por regla general, los extranjeros no están cubiertos por disposiciones especiales del convenio, toda vez que el art. 1.º de la CEDH garantiza derechos y libertades a todas las personas independiente de su nacionalidad. Esta protección, para algunos autores, es indirecta, aun cuando los protocolos entregan alguna que otra norma de protección directa que también puede ser considerada como excepción a la universalidad[892].

El establecimiento de la jurisdicción del convenio respecto a los extranjeros es particularmente importante. El alcance del concepto de jurisdicción de los Estados partes establecido en el art. 1.º de la CEDH no se encuentra limitado solo al territorio de sus fronteras. Esto es de suma importancia para determinar la responsabilidad que tiene los Estados contratantes respecto de aquellos extranjeros que no pueden llegar el territorio

[890] LAMBERT, H., op. cit., p. 10.
[891] BOZA MARTÍNEZ, Diego. *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de estudios Constitucionales 1812. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, p. 19.
[892] RENUCCI, Jean-François. *Introduction to the European Convention on Human Rights. The Right guaranteed and the protection mechanism*. Estraburgo: Council of Europe Publishing, 2005, pp. 88 - 96.

del Estado, pero quedan dentro de los límites de sus fronteras, aun cuando la soberanía estatal implica el control en la entrada y residencia de un extranjero en cada Estado. [893]

De esta manera, es posible comprender la vinculación que realiza el TEDH, al interpretar las normas del convenio respecto a los extranjeros, desde dos perspectivas: la primera, en que reconoce a los extranjeros los derechos contenidos en el convenio; y la segunda, en atención al trato diferenciado entre extranjeros y nacionales que permite el CEDH.

Si bien la mayoría de la jurisprudencia a revisar hace referencia a solicitantes de asilo, es posible construir una interpretación *pro homine* respecto a un marco jurídico del Sistema Europeo de Derechos Humanos que aborda los casos de personas extranjeras, a lo menos en algunos derechos.

La universalidad implica una cooperación voluntaria, una responsabilidad común en el ejercicio de las funciones de un proceso continuado y un "devenir progresivo." Bajo el carácter universal de los derechos humanos hay, además, una "particularidad en niveles". En otras palabras, los pactos universales de derechos humanos (de rango internacional) y el *ius cogens* internacional necesitan, en materia de derechos humanos, una capacidad de implementación efectiva en el marco regional y en el Estado constitucional estatal[894].
En este sentido, la pretensión de universalidad en el texto de la CEDH y su potencial de universalización, sobre todo en materia de interpretación de los derechos humanos, también es aplicada en la ejecución de las sentencias por parte del TEDH. La perspectiva de universalidad no solo se percibe en el ámbito de protección material sino también en el procedimental[895].

El preámbulo del convenio establece de forma explícita como fin principal *el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados*. Universalidad y efectividad son citados conjuntamente de forma consciente, pues la universalidad es comprendida como base y precondición de la protección efectiva de los derechos humanos[896].

[893] ZOETEWEIJ-TURHAN, M., op. cit., p. 13.
[894] KOTZUR, M., op. cit., p. 229.
[895] Ídem.
[896] Ibidem, p. 234.

El caso *Söering contra el Reino Unido*[897], de 1980, marca la doctrina respecto a la aplicación universal de la CEDH a todo aquel que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado parte. En este caso, Estados Unidos solicitó al Reino Unido la extradición del señor Jens Söering, un ciudadano alemán acusado de asesinato y secuestro en el Estado de Virginia, para que pudiese enfrentar el juicio en dicho país. Las autoridades británicas accedieron a la extradición, pero Söering cuestionó la decisión argumentando que el delito por el que era perseguido en Estados Unidos (específicamente el Estado de Virginia), podía dar lugar a una condena de muerte y que su permanencia en el "corredor de la muerte", a la espera de la sentencia definitiva, suponía un trato inhumano y degradante prohibido en el art. 3 de la CEDH, del cual era responsable el Reino Unido.

El TEDH determinó que extraditar a Söering a Estados Unidos, donde enfrentaría la pena de muerte, violaba el art. 3.º de la CEDH en atención a las condiciones carcelarias y la prolongada e indeterminada espera en el "corredor de la muerte" antes de su ejecución y que, por lo tanto, correspondía a tratos inhumanos.

Lo interesante de este fallo es que el TEDH rechaza una universalización absoluta, sometiéndola a una limitación espacial del convenio. Al hablar de "jurisdicción" permite, a juicio del Tribunal, que personas que estén de tránsito o paso en un determinado Estado o incluso aquellos detenidos por intentar cruzar la frontera, puedan presentar recursos ante el TEDH[898]. Este caso nos demuestra la importancia de la titularidad de derechos de los extranjeros que, sin ser nacionales de un Estado parte del convenio, incluso en aquellos casos que son requeridos por otro Estado para el cumplimiento de una pena, puedan hacer valer su derecho a la vida e integridad en igualdad de condiciones que los nacionales.

[897] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 14038/88, Caso Söering contra Reino Unido, de 7 de junio de 1981.
[898] LAMBERT, H., op. cit., p. 44; BOZA MARTINEZ, D., "*Los extranjeros…"* op. cit., p. 22.

3.3. Casos especiales de aplicación de territorialidad o jurisdicción de la CEDH por parte del TEDH

3.3.1. Jurisdicción y territorialidad son aplicados conjuntamente

Esta jurisdicción territorial permanece incluso en los casos en que un Estado deja temporalmente de controlar efectivamente parte de su territorio, tal como lo demuestra el fallo en el asunto *Ilaşucu y otros v. Moldovia y Rusia*[899].

En el presente caso, la detención ilegal de un grupo de personas de nacionalidad rumana por parte de las autoridades transnistrianas, junto con la implicación de la Federación Rusa, llevó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a concluir que dicha detención violaba el derecho a la libertad y seguridad, consagrado en el artículo 5 (CEDH).

Asimismo, el TEDH determinó que Rusia era responsable de las violaciones del convenio debido a su control efectivo sobre Transnistria durante el periodo en cuestión. Finalmente, el tribunal declaró que los demandantes habían sido sometidos a tratos inhumanos y degradantes, en contravención del artículo 3 CEDH, y que tanto Moldavia como Rusia no habían llevado a cabo una investigación efectiva respecto a los hechos alegados.

Lo relevante de este caso es que el tribunal establece el deber de los Estados parte de proteger los derechos y libertades de las personas incluso en situaciones de conflictos, si el Estado ha ejercicio control efectivo sobre esas personas.

Uno de los casos más relevantes en la materia, es el asunto *Hirsi y Jamaa otros c. Italia*, de 2012.[900] En el año 2009, un grupo de migrantes somalíes y eritreos intentaron llegar a Italia desde Libia en embarcaciones precarias. Sin embargo, fueron interceptados en el mar por autoridades italianas y devueltos a Libia antes de tener la oportunidad de solicitar asilo. Estas "devoluciones en caliente" fueron llevadas a cabo como parte de un acuerdo entre Italia y Libia para combatir la migración irregular.

[899] Tribunal Europeo de Derechos Humanos 48787/99, Caso Ilaşucu y otros contra Moldova y Rusia, de fecha 8 de julio de 2004.
[900] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 27765/09, Caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia, de 23 de febrero de 2012.

Los solicitantes reclamaban que habían sido víctimas, por parte de la guardia costera italiana, de una devolución a Libia sin ni siquiera haber tenido la posibilidad de solicitar ante las autoridades la protección internacional. Argumentaron que Italia había violado sus derechos humanos al devolverlos a un país donde enfrentaban un riesgo real de sufrir abusos, maltrato y tortura.

El TEDH falló a favor de los demandantes, concluyendo que Italia había violado el art. 3 de la CEDH, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Este fallo marca un importante hito en materia de las llamadas "devoluciones en caliente" y las prácticas de los países en sus fronteras, así como la importancia del principio de devolución por razones verdaderamente fundadas[901].

En primer lugar, la Gran Sala señaló que la interceptación del barco en que viajaban los inmigrantes y solicitantes de asilo se enmarcaba dentro operaciones de rescate de aquellas personas que se encuentran en el mar, que es de alcance de protección de la CEDH. Esto lo explica al establecer que la interceptación que habían efectuado las fuerzas del ejército italiano (cuyo equipo estaba compuesto exclusivamente por militares italianos) se encontraba entonces bajo la jurisdicción del estado italiano, por lo que la extraterritorialidad no impide la aplicación de la convención en el contexto de operaciones fronterizas de control migratorio, sobre todo en casos de supervivencia.

El Tribunal consideró que Italia había violado el art. 3.º de la CEDH toda vez que había motivos fundados para creer que podía existir un riesgo real de que los solicitantes fueran sometidos a un trato en Libia contrario al art. 3, en vista de que existía un informe que señalaba un panorama no muy favorable respecto al tratamiento que se otorgaba al inmigrante clandestino en caso de identificarse.

El TEDH también encontró una relación con el art. 3 de la CEDH sobre la base de la fórmula indirecta y tomó nota de la situación en Somalia y Eritrea y los problemas de inseguridad que existían en esos países, estableciendo que eran situaciones de las que la

[901] INELI-CIGER, Meltem. "Protecting aliens with Article 3 of the ECHR". En MOYA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection.* Países Bajos: Brill Nijhoff ediciones, 2021, p. 55.

autoridad italiana debería haber estado al tanto, en términos del riesgo que significaba que los solicitantes fuesen devueltos arbitrariamente a su país de origen.

Este fallo clarifica que, en aquellos casos en que se interceptan migrantes, potenciales solicitantes de asilo, en el mar, el retorno a sus Estados de origen puede generar un riesgo de tortura y de tratos inhumano y degradante de acuerdo con el art. 3 de la CEDH.

3.3.2. Casos de control efectivo o *de facto* en un territorio

En el caso *Loizidou v. Turquía*[902], vinculado al derecho de propiedad de una ciudadana chipriota que fue despojada de su propiedad, una parcela de tierra, que quedó posteriormente bajo control turco después de la invasión, el TEDH determinó que Turquía había violado el derecho de propiedad de la señora Loizidou, consagrado en el Protocolo Nº.1 de la CEDH, indicando que Turquía mantenía un control efectivo sobre la zona ocupada de Chipre y, por lo tanto, tenía la responsabilidad de proteger los derechos de sus habitantes originales.

El Tribunal señaló que el concepto de jurisdicción con arreglo al convenio no se circunscribe al territorio nacional. Un Estado contratante puede incurrir en responsabilidad cuando ejerza, en la práctica, el control sobre una zona situada fuera de su territorio nacional a consecuencia de una intervención militar.

En el caso *Georgia c. Rusia*[903], los hechos se originaron en una demanda de Georgia contra la Federación Rusa, en el año 2008, a partir de una serie de conflictos armados y tensiones políticas ente los dos países en la región de Osetia del Sur y Abjasia. En este caso, el TEDH concluyó que el Estado demandado no ejercía jurisdicción extraterritorial sobre los solicitantes al procesar sus solicitudes de visa y que no se había creado un vínculo jurisdiccional a través de los recursos de los solicitantes[904].

---

[902] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15318/89, Caso Loizidou v. Turquía, de 25 de marzo de 1995.

[903] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 38263/08, Caso Georgia contra Rusia (II), de 21 de enero de 2021.

[904] URIZABARRENA PEREZ, Xabier. "Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Enero- abril 2021", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2021. N.° 69, p. 771. Esta fue la primera ocasión desde el caso *Bankovic* que el TEDH examinaba nuevamente la cuestión de la jurisdicción en relación con las operaciones militares dentro de un conflicto internacional armado. El Tribunal consideró que no concurrían las condiciones del control de las autoridades sobre las personas o el

Sin embargo, consideró que Rusia si tenía jurisdicción en relación con la queja relativa al art. 2.º de la CEDH, incluido los fallecimientos acontecidos en el conflicto, por lo que el Estado ruso tenía la obligación de investigar toda vez que había realizado un control efectivo de los territorios en conflicto, inmediatamente después del cese de las hostilidades, de manera que Georgia se vio privada de la posibilidad de llevar a cabo estas investigaciones de manera efectiva[905]. Además, estableció que el método de análisis en situaciones en que puede existir un conflicto entre las disposiciones de la CEDH y el derecho internacional humanitario, el convenio debe interpretarse en armonía con las normas del derecho internacional humanitario.

La Gran Sala señaló que, mientras continúen las negociaciones en Ginebra con el objeto de encontrar una solución política al conflicto, las autoridades de la Federación Rusa tienen el deber de permitir que los habitantes de origen georgiano regresasen a sus respetivos hogares. Esto significó que el TEDH examinara por primera vez la cuestión relativa a los derechos de las personas desplazadas internamente desde el punto de vista del art. 2.º del Protocolo N.° 4 y no solo de los artículos 8 de la CEDH y 1.º del Protocolo N.° 1 como lo venía realizando hasta esa fecha.

3.3.3. Casos que quedan fuera del control territorial

Los casos vinculados a los conflictos armados tienen un tratamiento especial. En el asunto *Bankovic y otros v. Bélgica y otros*[906], cuyos hechos sucedieron durante la guerra de Kosovo en 1999, la OTAN llevó a cabo una serie de ataques aéreos en Yugoslavia, ocasionando daños significativos en la infraestructura y la muerte de numerosos civiles yugoslavos. Ante esta situación, un grupo de ciudadanos yugoslavos presentó una demanda ante el TEDH, argumentando que dichos ataques constituyeron una grave violación de sus derechos humanos, específicamente el derecho a la vida consagrado en el artículo 2.º y el derecho a un recurso efectivo del artículo 13, ambos de la CEDH.

control efectivo sobre un territorio para establecer que hubiese jurisdicción extraterritorial en la fase activa de este caso.

[905] Ídem, p. 772.

[906] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 52207/99, Caso Bankovic y otros contra Bélgica y otros, de 12 de diciembre de 2001.

El problema central de este caso cuestionaba si el TEDH tenía jurisdicción para conocer de estos ataques. De manera sorprendente, el TEDH falló señalando que no tenía jurisdicción para considerar las alegaciones presentadas, dado que los demandantes no se encontraban bajo la jurisdicción de los Estados partes de la CEDH en el momento en que se ejecutaron los ataques aéreos, ya que los hechos ocurrieron en el territorio de un Estado no miembro, como era Yugoslavia. El tribunal fue enfático al señalar que la convención no fue diseñada para ser aplicada en todo el mundo, ni siquiera respecto de la conducta de los Estados contratantes. Al ser una organización internacional la que está siendo demandada (OTAN), ya no se puede ejercer por el Estado un control *de facto*, por lo que los efectos son extraterritoriales.

3.4. Casos de aplicación extraterritorial de la CEDH

3.4.1. Casos de extraterritorialidad y jurisdicción conjuntas

En el asunto *M.N y otros c. Bélgica*[907], los demandantes, una pareja siria y sus dos hijos, viajaron al Líbano donde solicitaron en la embajada belga la entrega de visas de corta duración para permitirles viajar a Bélgica y solicitar asilo debido al conflicto en Siria, invocando el art. 3 del convenio. Sus solicitudes fueron procesadas y rechazadas por la Oficina de Extranjeros en Bélgica, indicando que los visados solicitados por los solicitantes estaban destinados únicamente a las personas que deseaban viajar durante un periodo breve al territorio de un Estado Schengen por razones ajenas a su voluntad, como la enfermedad o el fallecimiento de un familiar, y que no tenían intención de establecerse de forma permanente en el Estado en cuestión.

De esta forma, la Oficina de Extranjería señaló que, dado que la intención declarada de los solicitantes era presentar una solicitud de asilo a su llegada a Bélgica, no podían hacer uso de este tipo de visado. En opinión de la Oficina de Extranjería, la concesión de un visado por motivos humanitarios a una persona que tuviera la intención de solicitar asilo en Bélgica crearía, por lo tanto, un precedente que derogaría peligrosamente el carácter excepcional del procedimiento de los visados de corta duración.

[907] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3599/18, Caso M.N y otros con Bélgica, de 5 de marzo de 2020.

Una vez que fueron notificados por la embajada belga de estas decisiones, los solicitantes interpusieron recursos sin éxito ante los tribunales belgas. El TEDH concluyó que el Estado demandado no ejercía jurisdicción extraterritorial sobre los solicitantes al procesar sus solicitudes de visa y que no se había creado un vínculo jurisdiccional a través de los recursos de los solicitantes.

El tribunal estableció que, aun cuando las autoridades belgas se pronunciaron acerca de las solicitudes de visado de los solicitantes, este pronunciamiento dice relación con las condiciones de entrada al territorio belga, pero no es suficiente por si solo para someter a los solicitantes a la jurisdicción territorial belga en el sentido señalado en el art. 1.º de la CEDH. "El mero hecho de que las decisiones adoptadas a nivel nacional hayan tenido repercusiones en la situación de las personas residentes en el extranjero tampoco permite establecer la jurisdicción del Estado en cuestión sobre esas personas fuera de su territorio. (párr. 112)".

El examen que realiza el TEDH para ver la aplicación del convenio al caso señalado debe realizarse sobre la base de si existen o no circunstancias excepcionales que puedan llevar a la conclusión de que Bélgica ejerce una jurisdicción respecto a los solicitantes. En otras palabras, es un examen fáctico de la naturaleza del vínculo entre los solicitantes y el Estado belga (párr. 113). Los solicitantes nunca han estado en el territorio belga, ni tampoco tienen vínculo familiar preexistente en dicho país.

La existencia de un procedimiento a nivel nacional (solicitud de visado en la embajada belga y el pronunciamiento de rechazo por parte de las autoridades administrativas del país) no es suficiente para crear una circunstancia excepcional de vinculo jurisdiccional extraterritorial de acuerdo al art. 1.º de la CEDH.

El Tribunal dejó en claro en esa decisión que:

> "El mero hecho de que un demandante inicie un procedimiento en un Estado parte con el que no tiene ningún vínculo de conexión no puede bastar para establecer la jurisdicción de ese Estado sobre él. El tribunal considera que llegar a una conclusión distinta equivaldría a consagrar una aplicación casi universal del convenio sobre la base de las decisiones unilaterales de cualquier persona,

> independientemente del lugar del mundo en que se encuentre, y por lo tanto a crear una obligación ilimitada para los Estados contratantes de permitir la entrada de una persona que pudiera correr el riesgo de sufrir malos tratos contrarios al convenio fuera de su jurisdicción. Si el hecho de que un Estado parte se pronuncie sobre una solicitud de inmigración es suficiente para poner a la persona que presenta la solicitud bajo su jurisdicción, se crearía precisamente esa obligación. La persona en cuestión podría crear un vínculo jurisdiccional al presentar una solicitud y, por lo tanto, dar lugar, en determinados casos, a una obligación en virtud del artículo 3 que de otro modo no existiría". (párr. 123)[908]

Por lo tanto, a juicio del tribunal, el CEDH no se aplica a las solicitudes de visados presentadas en embajadas y consulados. Este caso permite desentrañar cuál es el punto de conexión suficiente para activar la protección que otorga el CEDH. El vínculo es estar físicamente en el territorio de algún Estado contratante.

3.4.2. Las zonas grises de aplicación extraterritorial

Existen ciertos casos en que la aplicación extraterritorial de la CEDH genera ciertos espacios de "no derecho"[909] existentes en el Convenio, los cuales deben ser resueltos por la vía interpretativa que realiza el TEDH en su jurisprudencia.

El art. 56.1 CEDH determina la aplicación territorial de la CEDH, estableciendo que,

> *Cualquier Estado podrá, en el momento de la ratificación o con posterioridad a la misma, declarar, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que el presente Convenio se aplicará, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo, a todos los territorios o a alguno de los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable.*

[908] Las comunicaciones del Gobierno demandado y de los terceros gobiernos intervinientes están respaldadas por la decisión adoptada en la sentencia de *Abdul Wahab Khan.*

[909] GONZALEZ VEGA, Javier. "¿Colmando los espacios de no derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia", en *Anuario español de derecho internacional*. 2008. N.° 24.

Sin embargo, esta norma se ha entendido "como una norma colonial", desde el ámbito de los territorios sobre los que los países europeos tuvieron colonias bajo su administración y responsabilidad; y no como una intención de conferir eficacia extraterritorial a los derechos garantizados por el convenio. Por ende, no permite dilucidar el problema de las «zonas grises» del alcance de la CEDH.

Un caso fundamental para tratar de comprender estas situaciones es *N.D y N.T c. España*.[910] Esta sentencia del año 2020 supuso un retroceso en materia de garantía de los derechos de las personas forzosamente desplazadas, apartándose la Gran Sala del Tribunal de su propia jurisprudencia[911]

La demanda fue presentada por un nacional de Malí (N.D) y otro de Costa de Marfil (N.T.) el 12 de febrero de 2015, señalando que su retorno inmediato a Marruecos equivalía a una expulsión colectiva, además de exponerlos al riesgo de sufrir maltratos y tratos inhumanos a los que supuestamente se verían enfrentados en Marruecos. Alegaron que no tuvieron oportunidad alguna de ser identificados, de explicar sus circunstancias personales o de impugnar su devolución mediante un recurso con efectos suspensivos.

Para entender este caso, es necesario comprender la situación geográfica y política donde ocurren los hechos. La ciudad autónoma de Melilla es un enclave español de 12 kilómetros cuadrados situado en la costa del norte de África y rodeado por territorio marroquí. Se encuentra en la ruta de migración del África septentrional y subsahariana que también utilizan los migrantes sirios. La frontera entre Melilla y Marruecos es una frontera natural del espacio Schengen y, por lo tanto, facilita el acceso a la Unión Europea. Como resultado, está sometida a una presión migratoria particularmente intensa. (párr. 15).

Las autoridades españolas construyeron un vallado a lo largo de los 13 km de frontera que separan Melilla de Marruecos, que desde 2014 comprende tres vallas paralelas. El objetivo es impedir que los migrantes irregulares accedan al territorio español. El vallado

[910] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 8675/15 y 8697/15, Caso N.D Y N.T. contra España, de 13 de febrero de 2020.
[911] COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. *Análisis de la Sentencia N. D. y N. T. contra España de 13 de febrero de 2020* [en línea] s/f. [Fecha de la consulta: 22 de junio de 2022]. Disponible en: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf

consiste en una valla de seis metros de altura ligeramente cóncava («la valla exterior»); una red tridimensional de cables seguida de una segunda valla de tres metros de altura; y, en el lado opuesto de un camino patrullado, otra valla de seis metros de altura («la valla interior»). Se instalaron puertas en las vallas a intervalos regulares para facilitar el acceso entre ellas, así como un sofisticado sistema de circuito cerrado de televisión (incluyendo cámaras infrarrojas), combinado con sensores de movimiento. La mayoría de las vallas también están equipadas con mallas *antitrepa* (párr. 16).

Existen cuatro pasos fronterizos entre Marruecos y España, situados a lo largo de la triple valla. Entre estos puntos, en el lado español, la Guardia Civil patrulla la frontera terrestre y la costa para evitar la entrada ilegal. Con carácter regular se organizan asaltos masivos para asaltar las vallas fronterizas. Los grupos, compuestos generalmente por varios cientos de extranjeros con frecuencia procedentes del África subsahariana, intentan entrar en territorio español asaltando las vallas descritas anteriormente. Con frecuencia, operan de noche para producir un efecto sorpresa y aumentar sus posibilidades de éxito (párr. 17).

Los migrantes que no logran escapar de la Guardia Civil y a quienes los funcionarios logran persuadir para que bajen de forma voluntaria utilizando escaleras, son devueltos inmediatamente a Marruecos y entregados a las autoridades marroquíes, a no ser que necesiten tratamiento médico. En el momento de los hechos, este *modus operandi* estaba previsto únicamente en el «protocolo operativo de vigilancia de fronteras» de la Guardia Civil, de 26 de febrero de 2014, y en la orden de servicio N.° 6/2014, de 11 de abril.

El 13 de agosto de 2014 se produjeron dos intentos de asalto organizados por las redes de contrabando: uno a las 4:42 horas, formado por 600 personas, y otro a las 6:25 horas, formado por 30 personas. Los demandantes declararon haber participado en el primero de ellos. Ese día abandonaron el campamento del Monte Gurugú e intentaron entrar en España junto con su grupo, escalando la valla exterior junto a otros migrantes. Según el Gobierno, la policía marroquí impidió que unos 500 migrantes escalaran la valla exterior, pero un centenar de ellos lo consiguieron. Aproximadamente 75 migrantes lograron llegar a lo alto de la valla interior, pero solo unos cuantos bajaron por el otro lado y aterrizaron en suelo español, donde fueron interceptados por los miembros de la Guardia Civil. Los demás permanecieron sentados en la parte superior de la valla interior. Los guardias

civiles les ayudaron a bajar con la ayuda de escaleras, antes de escoltarles de vuelta a territorio marroquí, al otro lado de la frontera, a través de las puertas situadas entre las vallas.

El primer demandante declaró que había logrado llegar a la cima de la valla interior y que había permanecido allí hasta la tarde. El segundo demandante dijo que fue golpeado por una piedra mientras subía la valla exterior y cayó, pero que posteriormente había logrado llegar a la cima de la valla interior, donde permaneció durante ocho horas. Hacia las 15 horas y las 14 horas, respectivamente, el primer y el segundo demandante, según se informa, bajaron de la valla con la ayuda de la policía española que les facilitó escaleras. Tan pronto como llegaron al suelo fueron presuntamente aprehendidos por funcionarios de la Guardia Civil que los esposaron, los llevaron de vuelta a Marruecos y los entregaron a las autoridades marroquíes. Los demandantes alegaron que no habían sido sometidos a procedimiento de identificación alguno y que no habían contado con la oportunidad de explicar sus circunstancias personales ni de ser asistidos por letrados o intérpretes.

De acuerdo con los informes, los demandantes fueron trasladados a la comisaría de la policía de Nador, donde solicitaron asistencia médica. Su petición fue rechazada. Al parecer, posteriormente, se les condujo a Fez, a unos 300 km de Nador, junto con otros migrantes que habían sido devueltos en circunstancias similares, donde fueron abandonados a su suerte. Los demandantes declararon que, el 13 de agosto de 2014, entre 75 y 80 migrantes del África subsahariana fueron devueltos a Marruecos. Algunos periodistas y otros testigos que estuvieron en el lugar en que se intentó asaltar las vallas fronterizas y durante los acontecimientos posteriores, facilitaron imágenes de vídeo que los demandantes aportaron ante el tribunal. Tanto N.D y N.T fueron enviados inmediatamente de vuelta por las autoridades españolas a territorio marroquí. Es decir, fueron objeto de la práctica de expulsión conocida popularmente como “devoluciones en caliente”.

Estas llamadas “devoluciones en caliente” serían una práctica supuestamente legalizada por la disposición final primera de la LO 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana, titulada «Régimen especial de Ceuta y Melilla». La aprobación de la LO 4/2015 y, en especial, de la disposición final primera, motivó la adición de una disposición adicional

décima a la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [912].

El tribunal, en primer lugar, señaló que no se cuestiona que los hechos ocurridos tuvieron lugar en el territorio español, toda vez que las tres vallas fronterizas de Melilla se habían instalado en su territorio, aun cuando el Gobierno español señalara la existencia de una "excepción a la jurisdicción territorial que se extiende no solo a cualquier terreno entre la frontera hispano-marroquí y la valla exterior del sistema de protección de la frontera de Melilla, sino también entre el punto de descenso de la valla "interior" (tercera, del lado español) y la zona comprendida entre dicha valla y el dispositivo policial, hasta el punto en que se cruza esta última (párr. 104)[913]."

Respecto al concepto de jurisdicción, el TEDH señaló que "debe considerarse el concepto de acuerdo a los efectos del artículo 1 del convenio, el cual refleja el significado del término jurisdicción en el derecho internacional público. Con arreglo a dicha norma, la existencia de una valla situada a cierta distancia de la frontera no autoriza a un Estado a excluir, modificar o limitar unilateralmente su jurisdicción territorial, que comienza en la línea fronteriza (…). Además, como se estipula en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las disposiciones de derecho interno no pueden invocarse como justificación del incumplimiento de un tratado" (párr. 19).

Respecto al argumento relativo al contexto migratorio existente, el tribunal señaló que "el Gobierno español no puede justificar un ámbito de ilegalidad en el que los individuos no

[912] DE LUCAS, Javier. "El derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia N.D y N.T contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico.* 2020. N.° 26, 2020, p. 86.

[913] En virtud de lo anterior, lo que debe dilucidar el TEDH es si el Estado español, invocando estas circunstancias excepcionales, altera o reduce el alcance de su jurisdicción; reclamando esa "excepción de jurisdicción" aplicable a parte de su territorio; en este caso, donde se produjeron los hechos antes señalados. Recuerda que su jurisprudencia no permite las exclusiones territoriales salvo en el caso mencionado en el artículo 56 § 1 del convenio (territorios dependientes), que no es aplicable en el presente caso. Sin embargo, ha reconocido con anterioridad que los Estados que forman las fronteras exteriores del espacio Schengen están experimentando, en la actualidad, importantes dificultades para hacer frente a la creciente afluencia de migrantes y demandantes de asilo; pero no implica consecuencia alguna con respecto a la jurisdicción de los Estados interesados. Véase Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 30696/09, Caso M.S.S. c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011, §223; Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 16643/09, Caso Sharifi y otros v. Italia y Grecia, de 21 de octubre de 2014, §176; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Capriati contra Italia, de 26 julio de 2011, ap. 3; STEDH. Caso Hirsi Jamaa y otros, 23 de febrero de 2012, §122.

estén amparados por un sistema jurídico que les permita disfrutar de los derechos y garantías previstos en el convenio, que los Estados se han comprometido a asegurar a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. Como instrumento constitucional de orden público europeo, el convenio no puede restringirse de forma selectiva a algunas partes del territorio de un Estado mediante una reducción artificial del alcance de su jurisdicción territorial. Cualquier otra conclusión equivaldría a privar de sentido a la noción de protección efectiva de los derechos humanos que inspira todo el convenio". (párr. 110). En este sentido, el tribunal determinó que los hechos descritos de las supuestas violaciones corresponden a la jurisdicción española en el sentido establecido en el art. 1.º de la CEDH.

Sin embargo, el tribunal realizó una interpretación diferente respecto a la "conducta del interesado" al señalar que los demandantes se pusieron ellos mismos en una conducta de ilegalidad al no utilizar las vías de acceso establecidas por la ley (párr. 231)[914].

Como lo explica el informe de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado: "el TEDH combina la argumentación de la "conducta del interesado" con la del uso de la fuerza y el número elevado de personas que intentaban acceder y con la opción de realizar una entrada de manera regular (párr. 201 y 231). Es así como el TEDH sentencia que los demandantes no fueron capaces de argumentar por qué no habían intentado acceder a España por vías legales, es decir, solicitando un visado en su país de origen, en los países de tránsito, incluido Marruecos, o pidiendo asilo en los consulados o Embajada de Marruecos (párr. 227-228) Estas opciones en la práctica no son efectivas ni realistas".[915]

La situación de violencia indiscriminada que padecen las personas africanas en Marruecos es ampliamente conocida y está perfectamente documentada en el caso presentado, gracias a los informes aportados y las declaraciones de las terceras partes. Esta argumentación claramente desconoce esta situación. Desde hace más de diez años,

[914] El tribunal apoya esta interpretación en su jurisprudencia establecida en los casos *Khlaifia y otros* (párr. 240), e *Hirsi Jamaa y otros* (párr. 184), *M. A*. (párr. 247), Berisha y *Haljiti y Dritsas* y otros. En estas sentencias ya se había establecido que "no hay violación del artículo 4 del protocolo N.° 4 si la falta de una decisión de expulsión individual puede atribuirse a la conducta del solicitante" (párr. 200). Véase COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. Análisis de la Sentencia N. D. y N. T. contra España de 13 de febrero de 2020 [en línea] s/f. [Fecha de la consulta: 22 de junio de 2022]. Disponible en: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf

[915] Ibidem, p.5.

España y la UE han colaborado con Marruecos en cuanto a la migración y el país vecino se ha convertido en un aliado importante en cuanto a la externalización de fronteras.

Según el profesor Javier de Lucas, sorprende que el TEDH sostenga la tesis de que quien ha cometido una infracción administrativa (cruzar la frontera sin documentación en regla) o, incluso, un ilícito penal (utilizar colectivamente la violencia contra los representantes de la fuerza pública para saltar el triple vallado), queda por ello privado de derechos tan elementales como el derecho a defensa y al procedimiento debido, o se le suspenda la vigencia del principio de *non-refoulement*, criterio básico del sistema de derecho de asilo y refugio que pone en pie el Convenio de 1951 sobre el de Estatuto de los Refugiados, principio que, según reconoce expresamente la STEDH (párr. 232), no puede anularse en ningún caso"[916].

Contra lo que sostiene el TEDH, entrar irregularmente en España no priva del derecho a defensa y a una decisión judicial que justifique la expulsión. Esa interpretación del TEDH supone, a juicio del profesor De Lucas:

> "La utilización de forma bastarda del derecho contra los derechos, con el fin de rebajar el contenido, la garantía y las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales. Es evidente que necesitamos seguridad jurídica en las fronteras (también para las fuerzas de seguridad que trabajan con ese objetivo, desde luego), pero eso no puede significar en modo alguno la suspensión en las fronteras de normas elementales del Estado de derecho, como la garantía de la tutela judicial efectiva, cuando están en juego derechos humanos y fundamentales. Lo contrario constituye una aberración jurídica"[917].

En el año 2017, el Tribunal en el caso *J y otro c. Austria*[918], se pronunció sobre aquellas situaciones que se producen en un Estado que no es miembro del Consejo de Europa. El suceso involucró a un grupo de empleadas y empleadores provenientes de Dubái, que viajaron en julio de 2010 a Austria de vacaciones, alojándose todos ellos en el mismo

[916] DE LUCAS, Javier, "*El derecho contra*…", op. cit., p. 88.
[917] Ibidem, p. 91.
[918] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 58216/12, Caso J. y otros contra Austria, de 17 de enero de 2017.

hotel. Durante su estadía, las empleadoras permanecieron confinadas en las habitaciones sin disponer de sus pasaportes, los cuales mantenían retenidos sus empleadores.

El tribunal desestimó la demanda presentada y no condenó a Austria por violación del art. 4 de la CEDH, toda vez que consideró que los tratos sufridos se produjeron durante años en Dubái y solo durante tres días en Austria, no siendo imputables a este último Estado, sino a particulares extranjeros[919].

3.4.3. Los casos relativos a detenciones en el mar y naufragios

En el asunto *Xhavara y otros c. Italia y Albania*[920], un grupo de inmigrantes provenientes de Albania trataron de ingresar clandestinamente a Italia por vía marítima. El gobierno italiano, intentando prevenir que desembarcaran en sus costas, los detuvieron utilizando un buque de guerra, que chocó contra la embarcación donde venían los inmigrantes, obligándolos a retornar y hundiendo la embarcación albanesa. Producto de esta situación fallecieron 58 personas en el lugar.

El tribunal no estaba convencido de que las autoridades italianas hayan provocado intencionalmente el hundimiento del barco, pero sí recordaron que el art. 2 de la CEDH impone una obligación positiva de proteger la vida de las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción. En este caso, cuando los actos de los oficiales públicos dieron como resultado la muerte de estas personas, existe obligación por parte del Estado de investigar estos hechos. Sin embargo, el tribunal declaró esta demanda inadmisible porque Italia ya había realizado acciones para una investigación de la situación por lo que se habían agotado las acciones internas.

El caso *Ranđelović y otros con Montenegro*[921], respecto al naufragio de inmigrantes serbios cerca de las costas de Montenegro, cuya intención original era llegar a Italia. 35 de ellos fueron hallados muertos en el mar. El TEDH reiteró que el art. 2 de la CEDH establece una obligación procesal de los Estados de investigar estas muertes: no solo

[919] OLARTE, S., op. cit., p. 74.
[920] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 39473/98, Caso Xhavara y otros con Italia y Albania, de 11 de enero 2001.
[921] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 66641/10, Caso Ranđelović y otros con Montenegro, de 19 de septiembre de 2017.

aquellas que ocurran en manos de los agentes del Estado (como en el caso anterior), sino que también aquellas que ocurran en manos de privados o de personas individuales.

En este caso en particular, las autoridades de Montenegro habían identificado algunos cuerpos, comunicando dicha situación a sus familiares pero, lamentablemente, el procedimiento duró aproximadamente 17 años. Esto llevó al tribunal a concluir que Montenegro no había cumplido con el requerimiento de celeridad y eficiencia en la investigación[922].

Otro caso interesante es el asunto *Rackete y otros con Italia*[923]. En este suceso, la joven capitana de un barco, Carola Rackete, fue detenida en Italia por rescatar inmigrantes náufragos provenientes de Libia y llevarlos hasta las costas italianas. El equipo liderado por la capitana solicitó medidas provisionales ante el TEDH para permitirles desembarcar a los migrantes rescatados en el barco *Sea-Watch 3* en Italia. Argumentaron que los migrantes estaban en peligro y necesitaban asistencia urgente. Sin embargo, el TEDH decidió no indicar medidas provisionales al Gobierno italiano y confió en que las autoridades italianas continuarían proporcionando asistencia a las personas vulnerables a bordo del *Sea-Watch 3.*

3.4.4. La protección de la extraterritorialidad: la reunificación familiar

El art. 8 de la CEDH establece el derecho a la vida familiar de los extranjeros. Este derecho es de gran relevancia a nivel jurisprudencial, toda vez que la familia es considerada un elemento importante para la integración de los extranjeros en el Estado de acogida, que les permite su estabilidad social en el nuevo territorio.

El art. 8.º de la CEDH consagra este derecho en los siguientes términos:

[922] RUIZ RAMO, J., op. cit., p. 38.

[923] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 32969/19, Caso Rackete y otros con Italia, de 25 de junio de 2019. Esta sentencia no consideró la solicitud de medida provisional al Gobierno italiano solicitado por los demandantes en el caso de Rackete y Otros contra Italia, la cual habría requerido permitirles desembarcar en Italia desde el barco Sea-Watch 3.
Además, el tribunal ha señalado al Gobierno italiano que confía en que las autoridades italianas continúen proporcionando toda la asistencia necesaria a las personas a bordo del *Sea-Watch 3* que se encuentren en una situación vulnerable debido a su edad o estado de salud.
Conforme al art. 39 del Reglamento del Tribunal, este puede ordenar medidas provisionales a cualquier Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estas medidas son urgentes y se aplican solo cuando existe un riesgo inminente de daño irreparable, según la práctica bien establecida del tribunal.

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En esta materia, una de las primeras cosas que ha realizado el tribunal fue determinar qué es comprendido en el concepto de "familia". Al respecto, el TEDH señaló que la noción de familia del art. 8 de la CEDH no se refiere únicamente a aquellas relaciones constituidas bajo la institución legal y formal del matrimonio, sino que incluye otros vínculos familiares como, por ejemplo, de personas que viven juntas sin estar casadas.[924] En materia de inmigración, el TEDH ha tratado muchas veces el tema de las relaciones familiares fuera de la noción del núcleo familiar, teniendo en consideración la relación de extranjeros mayores de edad con sus padres o hermanos.

En el asunto *Moustaquim c. Bélgica*[925], el demandante, nacido en Marruecos en 1963, llegó a Bélgica en 1965 ya que sus padres y 7 hermanos vivían ahí. El 9 de noviembre de 1982, el Tribunal de Apelación de Lieja le declaró culpable de 22 infracciones cometidas entre febrero y diciembre de 1980, siendo menor de edad, y le impuso penas de prisión por un total de 26 meses. Una real orden del 28 de febrero de 1984 dispuso la expulsión de Bélgica del demandante por constituir un peligro real para la sociedad y haber atentado gravemente contra el orden público. Los días 22 de junio de 1984 y 16 de octubre de 1985, respectivamente, el Consejo de Estado denegó su petición de suspensión de la ejecución de la citada orden y su recurso de anulación de esta. Liberado en abril de 1984, tras dieciocho meses de detención, el Sr. Moustaqim fue expulsado a finales de junio de 1984. Se refugió inicialmente en España, donde se le intimó a que abandonara el país;

[924] MILIOS, Georgios. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Granada: Editorial Comares, 2021, p. 43.

[925] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 12313/86, Caso Moustaquim contra Bélgica, de 18 de febrero de 1991.

para luego refugiarse en Grecia y en Suecia. Sin embargo, una real orden del 14 de diciembre de 1989 le autorizó a permanecer en Bélgica por un periodo de prueba de dos años; el actor retornó a este país el 20 de enero de 1990.

En este caso, el TEDH tuvo en cuenta la relación existente del demandante con sus padres y hermanos, sosteniendo que había una violación del derecho a la vida familiar del demandante. Parte de los miembros del TEDH criticaron este enfoque, ya que entendían que el tribunal había expandido excesivamente la noción de vida familiar.

Por otro lado, en el caso *Z. c. Finlandia*[926], el TEDH reafirmó que las relaciones que quedan fuera del núcleo familiar deben ser demostradas: especialmente la existencia de factores adicionales de dependencia. En concreto, la demandante era una ciudadana rusa que había sufrido un derrame cerebral, que tuvo como consecuencia la paralización del lado derecho de su cuerpo. Su cónyuge había muerto y una de sus hijas se encontraba desaparecida y probablemente muerta. El tribunal afirmó que la relación entre la demandante y su hija no constituía vida familiar en el sentido del art. 8 de la CEDH, toda vez que no había una dependencia necesaria[927].

Específicamente, en los casos de reagrupación familiar de parejas del mismo sexo, el TEDH no ha reconocido el derecho de reagrupación familiar como lo hace con parejas de heterosexuales; señalando que, para esta situación, sería una vulneración al art. 8 de la CEDH cuando el Estado no contemple mecanismos de protección en la materia. Esto quedó demostrado en el asunto *Hämäläinen c. Finlandia* [928]. La solicitante contrajo matrimonio en 1996 con una mujer y el 2002 tuvieron un hijo en común. En el año 2006, decidió cambiar su género por femenino y se sometió a una cirugía de reasignación de género. El 7 de junio de 2006, la demandante cambió sus nombres y renovó su pasaporte y su permiso de conducir, pero no pudo cambiar su número de identidad. Tanto el número de identidad, como su pasaporte, todavía indican que es hombre.

[926] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 22009/93, Caso Z contra Finlandia, de 25 de febrero de 1997.
[927] MILIOS, G., op. cit., pp. 47 y 48.
[928] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 37359/09, Caso Hämäläinen contra Finlandia, de fecha 16 de julio de 2014.

La demandante reclamó en virtud del artículo 8 del convenio, que su derecho a la vida privada y familiar había sido violado cuando el reconocimiento total de su nuevo género se condicionó a la transformación de su matrimonio en una sociedad registrada. El TEDH considera que Finlandia no ha violado el art. 8 de la CEDH, toda vez que considera que el sistema finlandés actual, como un todo, no ha mostrado ser desproporcionado en los efectos del solicitante y que se ha alcanzado un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos en el presente caso.

En la decisión del caso *Darren Omoregie and Others v. Norway*; que aborda una situación de deportación y prohibición de reingreso durante dos años de una madre de 4 hijos por engañar a las autoridades con información falsa para obtener un permiso de residencia, el TEDH señaló que dicha medida no vulneraba el derecho a la vida familiar, al indicar que "un Estado tiene derecho, de conformidad con el derecho internacional bien establecido y sujeto a sus obligaciones contractuales, a controlar la entrada de extranjeros en su territorio y su residencia en el mismo. El convenio no garantiza el derecho de un extranjero a ingresar o residir en un país particular"[929].

Los extranjeros que han recibido formalmente un permiso de residencia y han obtenido el derecho a residir en un Estado miembro del convenio se consideran "migrantes asentados" [930]. El TEDH ha establecido criterios adecuados para evaluar esa expulsión cuando el derecho mencionado se retira más tarde y se solicita una orden de expulsión en contra del extranjero. Por ejemplo, en el artículo 8 de la CEDH, que trata sobre el derecho de reunificación familiar, es uno de los criterios pertinentes.

Esto se puede ver en el caso *Üner c. Países Bajos*, en el cual la orden de expulsión de unos extranjeros, debido a una condena penal, estableció una serie de criterios de arraigo que debían ser considerados al momento de dictar una orden de expulsión: la naturaleza y gravedad del delito cometido; el tiempo de estancia del extranjero en el país del cual será expulsado; el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y la conducta del

[929] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 265/07, Caso Darren Omoregie and Others contra Noruega, § 54. Deportación y prohibición de reingreso durante dos años de una madre de 4 hijos, por engañar a las autoridades con información falsa para obtener un permiso de residencia. El TEDH señala que no existe vulneración de la vida familiar.
[930] *ECHR Knowledge Sharing platform* [en línea] [Fecha de la consulta: 5 de julio de 2023]. Disponible en : https://ks.echr.coe.int

extranjero durante ese periodo; las nacionalidades de las personas involucradas; la situación familiar del extranjero, así como la duración del matrimonio y otros factores que expresen la efectividad de la vida familiar en pareja; si el cónyuge conocía del delito en el momento en que se estableció la relación familiar; si hay hijos del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad; la gravedad de las dificultades que enfrentaría el cónyuge en el país en el cual el extranjero sería expulsado; en interés superior de los hijos, la gravedad de las dificultades que tendrían en el país en el cual sería expulsado el extranjero; la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y de destino.[931]

Cuando los extranjeros no se consideran "migrantes asentados", debido a que su presencia en el territorio en el Estado demandado es precaria, ilegal o incumple la legislación migratoria del país, es probable que su expulsión vulnere el Art. 8 de la CEDH solo en las circunstancias y excepciones que tienen que ser determinadas por el tribunal al momento de decretar la orden de expulsión[932].

4. La exclusión a titularidad y ejercicio de derechos: el derecho a sufragio y participación política según el art. 16 CEDH

La única norma que habla específicamente de la titularidad y ejercicio de derechos de las personas extranjeras en el CEDH es su art. 16, pero no otorgándoles tal reconocimiento, sino restringiéndoles el derecho a la participación política.

El precepto señalado establece explícitamente las restricciones a la actividad política señalando que *ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.*

Esto se traduce en que los Estados partes del convenio pueden imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros, sea a través del derecho a sufragar en elecciones (art.

[931] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 19010/07, Caso Üner contra Los Países Bajos, § 54-60.
[932] Ver Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 47017/09, Butt contra Noruega, de 4 de diciembre de 2012.

13.2 de la CE) o en la participación de reuniones o asociaciones políticas, como establece, por ejemplo, el art. 23 de la CE; aun cuando el CEDH establece el derecho a la libertad de expresión a toda persona, la de reunión pacífica y asociación incluidos la fundación de sindicatos o afiliación.

Esta posibilidad que tienen los Estados de limitar o excluir determinados derechos referidos al ámbito político responden a una serie de factores. En primer lugar, a la lógica de las declaraciones universales de derechos humanos y pactos internacionales, en las cuales el derecho de participación política se encuentra fuera del margen de la universalidad de los derechos humanos. Por lo tanto, queda entregada la regulación de su ejercicio a los Estados partes.

En segundo lugar, hace valer el principio de soberanía estatal, en el cual los Estados son soberanos de determinar quién entra, reside y egresa de su territorio, así como las formas y requisitos en que participarán en la toma de decisiones (influyendo en la sociedad) sea a través de asociaciones o del derecho a votar.

Por último, aunque más bien de manera implícita, la limitación de derechos por parte del Estado sucede en tanto corresponderían a derechos ciudadanos y los extranjeros no son considerados como tales en los Estados residentes, básicamente por no poseer la nacionalidad de dicho Estado. En la vinculación de nacionalidad/ciudadanía (en la formulación clásica de T. M. Marshall) la atribución de derechos aparece subordinada a la filiación formal de un determinado Estado[933]. La limitación de derechos a las personas extranjeras asentadas en los Estados receptores debilita la concepción de ciudadanía en cuanto mecanismo general de protección[934].

En el caso *Piermont con Francia*[935], la ciudadana alemana Dorothée Piermont, invitada por unas personalidades independentistas locales, pasó unos días en la Polinesia Francesa donde tomó la palabra en una manifestación independentista y antinuclear. Cuando se preparaba para dejar la Polinesia Francesa, el 3 de marzo le fue notificada una orden

[933] MARSHALL, Thomas. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial,1998.
[934] CRIADO, María Jesús. "Derechos ciudadanos y migración en perspectiva comparada. Tendencias y cambios recientes", en *Migraciones Internacionales*. 2008. Vol. 4, N.° 4, p. 202.
[935] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15773/89, Caso Piermont contra Francia, de 27 de abril de 1995.

dictada el 2 de marzo de 1986 por el Alto Comisariado de la República en la Polinesia Francesa, mediante la que se establecía su expulsión y la prohibición de entrar nuevamente en el territorio. Prosiguiendo su viaje, se dirigió a Nueva Caledonia, invitada igualmente por políticos independentistas elegidos. A su llegada al aeropuerto de Nouméa, fue llevada a las dependencias de la Policía del Aire y Fronteras debido a los riesgos de enfrentamiento suscitados por su llegada. Esa misma tarde, el Alto Comisariado de la República en Nueva Caledonia emitió una orden mediante la que se prohibía la entrada de la actora en el territorio[936].

Aquí, la medida de expulsión, acompañada de una prohibición de retornar, se traduce en una injerencia en el ejercicio del derecho de la señora Piermont a la libertad de circulación, pero también de expresión. El Gobierno mantenía que la injerencia en cuestión no infringió el artículo 10 del convenio, ya que obedecía a "necesidades locales", en el sentido del artículo 63 CEDH, por lo que caía en el ámbito de aplicación del artículo 16 del convenio y respondía a las exigencias del párrafo 2 del artículo 10 del CEDH.

El Tribunal observó que los argumentos adelantados por el Gobierno hacían referencia esencialmente a un contexto político local tenso, acompañado de una campaña electoral y, por lo tanto, hacían mayor hincapié en unas circunstancias y situaciones específicas de índole político, que a unas necesidades locales. Para entender la expresión "necesidades locales", que significa permitir una intromisión en el derecho garantizado por el artículo 10, no bastaba con una situación política delicada.

El Tribunal no pudo admitir el argumento de la actora derivado de la existencia de una ciudadanía europea al no estar en esa época reconocida por los tratados comunitarios. Sin embargo, consideró que la pertenencia de la señora Piermont a un Estado miembro de la Unión Europea así como su condición de parlamentaria europea no permitían oponerle el artículo 16 del convenio, y ello por cuanto que la población de los Territorios de Ultramar participaba en la elección de los diputados del Parlamento Europeo. En conclusión, esa

[936] El Tribunal Administrativo de Papeete al igual que el de Nouméa, mediante dos sentencias (respectivamente del 23 y del 24 de diciembre de 1986), acogieron los recursos de nulidad interpuestos por la señora Piermont contra las dos órdenes. Mediante autos dictados el día 12 de mayo de 1989, el Consejo de Estado, ante el que el ministro de Departamentos y Territorios de Ultramar había interpuestos un recurso de apelación, anuló las citadas sentencias.

disposición no autorizaba al Estado a restringir el ejercicio por la actora del derecho garantizado por el artículo 10 CEDH.

Sin embargo, en el asunto *Perinçek con Suiza* [937], aun cuando los hechos que originaron el caso dicen relación con el negacionismo y eventual discriminación racial en discursos efectuados por el solicitante: negando el genocidio armenio y, por ende, la restricción a la libertad de expresión del solicitante (condenado penalmente por estos hechos en Suiza). El TEDH señaló que las cláusulas que permiten interferir con los derechos consagrados en el convenio deben ser interpretadas de manera restrictiva. El tribunal encontró que debía interpretarse que el artículo 16 solo autoriza restricciones a "actividades" que afecten directamente el proceso político. Al no ser este el caso, no puede invocarse por el Gobierno suizo. Por ende, el artículo 16 del convenio no permite a las autoridades suizas restringir el derecho del demandado a la libertad de expresión, en este caso (párr. 122 y 123).

5. Proporcionalidad y límites en el ejercicio de derechos humanos

En el derecho común europeo, el principio de proporcionalidad es empleado principalmente como método de interpretación de los derechos fundamentales y como regulación del ejercicio de competencias, así como parámetro de control del ejercicio de competencias entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros[938]. Durante esta sección se trabajará sobre este criterio, analizando los límites y proporcionalidad que establece el TEDH en sus sentencias relativas a la titularidad y ejercicio de personas extranjeras.

En ciertos casos, dada la particularidad de los hechos, el TEDH ha debido ponderar tanto las situaciones fácticas como los derechos establecidos en el CEDH de manera de otorgar la protección debida del convenio[939]. Estas situaciones han hecho que el tribunal tenga

[937] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 27510/08, Caso Periçek contra Suiza, de 15 de octubre de 2015.
[938] CHANO REGAÑA, Lorena. "Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: especial referencia a los derechos fundamentales", en *Revista Universitaria Europea*. 2015. N.° 23, p. 153.
[939] El asunto *Irlanda c. Reino Unido* es uno de los casos más destacados en la jurisprudencia del TEDH con relación a la aplicación del Art. 3 de la CEDH. Irlanda acusó al Reino Unido por presuntas violaciones de derechos humanos durante el conflicto en Irlanda del Norte en la década de 1970. Estas violaciones se referían a actos de maltrato y tortura de personas bajo custodia, particularmente en el contexto de internamientos sin juicio previo. El caso se centró en cinco técnicas de interrogatorio utilizadas por las

que modular el ejercicio de los derechos de las personas migrantes y, en muchos casos, delimitar esas actuaciones[940].

5.1. El juicio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad no se menciona explícitamente en el CEDH, sin embargo, el mismo convenio establece una serie de requisitos que tienen una clara conexión con él. El contenido del principio de proporcionalidad puede ser considerado implícito en varias reglas de la CEDH ya que, por un lado, cuestiona qué medios pueden ser empleados para lograr un objetivo específico y, por otro, establece restricciones a las limitaciones de los derechos de libertad en el ámbito de la protección de los derechos humanos, con el propósito de mantener una relación razonable entre los objetivos perseguidos y los medios empleados para su consecución[941].

El principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo tipo de límites normativos de libertades, así como de cualquier interpretación o aplicación de la legalidad que restrinjan su ejercicio. Estas disposiciones están determinadas por un concreto punto de vista: la utilidad de la acción, que ha de ser necesaria, y el equilibrio del sacrificio; en otras palabras, si este resulta *a priori* absolutamente útil para para satisfacer el fin que dice perseguir [942].

Toda limitación de un derecho debe ser justificada por una serie de criterios objetivos que permitan el sacrificio en aras de una finalidad legítima y lo suficientemente relevante

fuerzas de seguridad británicas, que incluían privación sensorial, posturas de estrés, privación de alimentos y bebidas, privación del sueño y exposición a ruidos fuertes y continuos. Véase: Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 5310/71, Caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978.

[940] El Convenio Europeo de Derechos Humanos no recoge ninguna mención expresa al principio de proporcionalidad, pero, como ya se ha indicado, puede deducirse del apartado segundo de los artículos 8 al 11 del convenio, en relación con determinados derechos; del artículo 15 que permite a los Estados limitar los derechos y libertades reconocidos en el convenio en caso de guerra u otro peligro (siempre que sea estrictamente necesario); del art. 2.3 del protocolo adicional número 4 que restringe las limitaciones a aquellas que estén previstas legalmente y que sean "necesarias para una sociedad democrática" y, del art. 1.1 del protocolo adicional número 1, que admite limitaciones al derecho de propiedad basadas en el «interés público».

[941] FASSBENDER, Bardo. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Cuadernos de Derecho Público*. 1998. N.° 5, p. 52.

[942] BARNES, Javier. "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", en *Cuadernos de Derecho Público*. 1998. N.° 5, p. 16.

como para superar la ponderación de los intereses en juego. Por lo tanto, una nueva perspectiva de igualdad transforma el principio de proporcionalidad en una forma de entender los derechos fundamentales. El propósito no es examinar la legitimidad de este postulado, sino establecer el principio de proporcionalidad para comprender mejor su importancia desde una perspectiva europea[943].

Entonces. para entender si la medida adoptada al limitar un derecho fundamental es adecuada, es necesario realizar el llamado "test de proporcionalidad" utilizando los criterios de utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La utilización de estos criterios o juicios, son:

i. Juicio de idoneidad o adecuación. Para adoptar una medida restrictiva sobre un derecho, esta debe ser adecuada e idónea, es decir, apta para lograr la finalidad legítima prevista por la norma. El juicio de adecuación requiere, por tanto, un previo examen acerca de la legitimidad del fin perseguido por la norma y de la aptitud de la misma para lograrla.

ii. Necesidad o juicio de indispensabilidad. Si la finalidad es legítima y la norma es adecuada, se procede a analizar si la medida es la más moderada para la consecución del fin, es decir, se constata que no exista otra medida menos gravosa.

iii. Proporcionalidad en sentido estricto: Superados los anteriores juicios, hay que valorar los intereses en juego y buscar un equilibrio que suponga la menor restricción. Se trata de una ponderación equitativa saldada en la consecución de mayores ventajas y beneficios que perjuicios[944].

En esta estructura, el TEDH ha desarrollado, a través de su jurisprudencia, los siguientes criterios de proporcionalidad y límites a los derechos reconocidos en el convenio.

En primer lugar, y según los art. 8.º a 11.º de la CEDH y el apartado 3 del art. 2.º del Protocolo Cuarto Adicional sobre la restricción al ejercicio de la libertad de circulación:

[943] CHANO, L., op. cit., p. 158.
[944] Ídem.

> *"el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros."*

En otras palabras, los Estados que suscribieron al convenio puede establecer restricciones al ejercicio de los derechos ahí garantizados, siempre y cuando dicha restricción resulte "necesaria para una sociedad democrática". Este requisito quedó de manifiesto en el asunto *Handyside*, de 1976[945]. Aquí, el tribunal, al diferenciar los distintos términos usados relacionados a una sociedad democrática, concluyó que esta implica la existencia urgente de una necesidad social[946].

En segundo lugar, el TEDH, al enjuiciar si una medida es necesaria y proporcionada en *strictu sensu*, reconoció a los Estados el margen de apreciación nacional que tienen para establecer límites a los derechos. El tribunal comprueba si una determinada medida es necesaria y proporcionada, para lo cual debe establecer un criterio propio de lo que constituye necesidad y proporcionalidad, para a continuación enjuiciar, dentro del marco de la doctrina del *"*margen de apreciación*",* lo que el Estado contratante (que ha restringido el derecho individual) entiende por proporcionado y necesario. De este modo, el TEDH determina, en el ejercicio de sus facultades, si el Estado firmante del convenio, según sus propios criterios, ha traspasado o no los límites del margen de apreciación. En caso de que los hubiera desbordado, el tribunal niega la necesidad y la proporcionalidad de la medida[947].

En cuanto a los derechos establecidos en los artículos 8 al 11 de la CEDH, el margen de discrecionalidad que el tribunal permite varía. La doctrina ha criticado con frecuencia esta situación, ya que sugiere que la jurisprudencia del tribunal aún no ha establecido los

---

[945] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 5493/72, Caso Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976. En la sentencia del caso *Handyside,* el tribunal diferenció la palabra *"necessary" (nécessaire)* de otros términos utilizados en el convenio como *"absolutely necessary" (absolument nécessaire,* art. 2.2), o *"strictly necessary" (strictement nécessaire,* art. 6.1), o la expresión "*to the extent strictly required by the exigencies ofthe situation" (dans la stricte mesure oü la situation l'exige),* así como también otros conceptos como *"reasonable" (raisonnable,* art. 5.3, art. 6.1) y *"utile",* art. 1.1 del primer protocolo adicional).

[946] FASSBENDER, B, op. cit., p. 55; CHANO, L., op. cit., 162.

[947] Ídem.

criterios para distinguir entre el margen de discrecionalidad nacional y el control europeo. En cualquier caso, es evidente que el propósito de la violación de los derechos fundamentales y la naturaleza de la conducta del individuo afectado son los fundamentos de la mayor parte de las decisiones del tribunal[948].

Otros criterios que ha utilizado el TEDH respecto a la limitación de los derechos son:

- Limitaciones al derecho de propiedad "más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional", en el art. 1.º del Protocolo Adicional Primero.
- Posibilidad de derogar derechos y libertades reconocidos en el convenio en caso de guerra y otra situación excepcional en que la nación estuviera amenazada "en la medida estricta en lo que exija la situación" (art. 15 CEDH).
- Otros preceptos del convenio, como el artículo 4, en el que se prohíbe la esclavitud y los trabajos forzados; el artículo 6.1, en el que se establece el derecho a audiencia en los procesos judiciales y el acceso a la jurisdicción y al recurso; el artículo 12, que reconoce el derecho a casarse y fundar una familia; y el artículo 3 del primer Protocolo Adicional, en el que se garantiza el derecho a la celebración de elecciones libres y secretas.

En materia de extranjería, el TEDH ha analizado la proporcionalidad de la medida teniendo en consideración la existencia de derechos absolutos. En el caso de la tortura, por ejemplo, se contempla el riesgo real y efectivo que significaría la expulsión de la persona extranjera a su país de origen y, respecto al demandante, se considera su actual estado de salud y la situación que le espera en caso de ser expulsado.

5.2. Derechos absolutos: prohibición de la tortura y esclavitud

Los artículos 2.º y 3.º de la CEDH están redactados en términos absolutos, sin contemplar excepciones o limitaciones. Además, conforme al art. 15 de la CEDH, no sufren derogación alguna. Esto significa que la protección de la vida y la prohibición de la tortura

[948] Ibidem, p. 58 y 59. Esto queda reflejado en el *caso Dudgeon c. Reino Unido*, ver Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 7525/76, Caso Dudgeon contra Reino Unido, de 22 de octubre de 1981.

y los tratos inhumanos o degradantes deben ser garantizados de manera concreta y efectiva.

El CEDH establece en su art. 2.1:

> *El derecho de toda persona a la vida está protegido por ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.*

Respecto a este derecho, el tribunal realiza una aplicación interesante de este precepto, recurriendo a él como una vía para proteger a las personas extranjeras del riesgo de una expulsión a sus países de origen (o a terceros países) donde puedan morir o pueda existir riesgo para su vida (fuera del contexto de los casos de la pena de muerte)[949]. Aquí juega un papel fundamental el principio *non refoulement* (principio de no devolución) desarrollado por el TEDH en el caso *Söering c. Reino Unido*.

En ese sentido, resulta interesante el análisis jurisprudencial que realiza el TEDH en materia de extranjería, en atención a la protección de la vida y la prohibición de malos tratos de manera conjunta; el principio de no devolución, la protección del extranjero durante el trayecto migratorio y las devoluciones en calientes.

Cuando los solicitantes fundamentan sus solicitudes en ambas disposiciones, el TEDH puede abordar los casos de dos maneras diferentes. Por un lado, puede analizar de manera conjunta los artículos 2.º y 3.º de la CEDH, justificando que ambas cuestiones contempladas en esos artículos (la vida y la prohibición de la tortura) son inseparables. Por otro lado, puede evaluar el caso sobre la base del art. 3.º, indicando que no es necesario tratar el asunto conforme al art. 2 porque la protección de la vida se encuentra incorporada en el art. 3[950].

[949] RUIZ RAMOS, Juan. "The Right to life of migrants and refugees under Article 2 ECHR". En: MOYA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden: Brill Nijhoff, 2021, pp. 16- 17.
[950] RUIZ RAMOS, J., op. cit., p. 19.

En los casos en que el TEDH decide evaluar conjuntamente los artículos 2.º y 3.º de la CEDH, aplica también el principio de no devolución del art. 3.º al contenido del art. 2º, como lo estableció en el asunto *Mocanu y otros c. Rumanía* [951]. En este caso, tres ciudadanos rumanos fueron víctimas de la represión violenta de las manifestaciones antigubernamentales organizadas en Bucarest en junio de 1990, siendo detenidos y sufriendo malos tratos por parte de la policía de Bucarest. Esto hechos fueron denunciados a las autoridades rumanas, las cuales no llevaron a cabo una investigación efectiva de acuerdo al convenio.

El TEDH recalcó en este fallo que, para interpretar los artículos 2 y 3 CEDH, es importante entender el propósito y la intención del convenio como un instrumento de protección de los derechos humanos. El art. 3.º (al igual que el art. 2.º) debe ser considerado una cláusula primordial de la CEDH, consagrando uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas.

Esta interpretación se traduce en que cualquier acción por parte de las autoridades rumanas, que resultara en la pérdida de vidas durante la manifestación, podría constituir una violación del art. 2 CEDH si no se toman las medidas adecuadas para proteger la vida de los manifestantes. Asimismo, cualquier forma de trato inhumano o degradante hacia los manifestantes podría constituir una violación del art. 3 del convenio.

Al vincular el art. 3.º CEDH en relación con las expulsiones de extranjeros, es posible afirmar que el art. 2.º toma prestados los principios materiales de la prohibición de malos tratos: por ejemplo, la existencia de un riesgo real de ser sometido a una situación que ponga en riesgo la vida en el otro país, contemplado en el art. 2.º CEDH y los principios procesales en la materia.

Sin perjuicio de que los Estados contratantes tiene el derecho de controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros respecto a sus territorios; en el caso de la expulsión, la vulneración del art. 3.º CEDH puede comprometer la responsabilidad de

[951] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 10865/09, 45886/07 y 32431/08, Caso Mocanu y otros c. Rumanía, de 17 de septiembre de 2014. La sala examinó de forma individual el fondo de las quejas planteadas relativas a los artículos 2 y 3 de la CEDH y llegó a la conclusión de que había violación de la parte procesal del art. 2 en lo que concernía a la señora Anca Mocanu y que no había violación de la parte procesal del art. 3 en el caso del señor Marin Stoica (párr. 284)

dicho Estado cuando haya motivos fundados para creer que la persona, si es deportada, enfrentaría un riesgo real de ser sometido a un trato contrario a derecho. En este sentido, el art. 3.º implica la obligación de no deportar a la persona en cuestión a ese país.

Los malos tratos a los que se enfrentaría una persona si es devuelta a su país de origen, deben alcanzar un mínimo de gravedad para que entre en el marco de protección de la norma citada. Así, el TEDH ha señalado que "la valoración del riesgo real debe ser necesariamente rigurosa, ya que no toda situación de violencia general daría lugar a este tipo de riesgo que requiere la protección del art. 3.º CEDH, dejando claro que, en una situación general de violencia, solo tendría la intensidad suficiente para crear dicho riesgo 'en los casos más extremos': en los que existiera un riesgo real de malos tratos al que una persona estuviere expuesta a su regreso (párr. 113)"[952].

Como se puede observar, los principios del art. 3 se aplican también en el supuesto del art. 2, pero la evaluación de los hechos del caso se realiza con ambos artículos de manera conjunta para la determinación de la valoración del riesgo efectivo que sufriría una persona expulsada a su país de origen, exigiendo además que los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad.

La prohibición de la tortura, consagrada en el art. 3.º CEDH, contiene uno de los principios fundamentales de los valores de una sociedad democrática. La prohibición de la tortura posee carácter absoluto, no puede ser derogada ni en tiempo de guerra, ni por cualquier otra emergencia o situación excepcional.

[952] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 43611/11, Caso F.G. contra Suiza, de 23 de marzo de 2016. En este caso, es posible observar esta dualidad. Una persona, nacional de Irán, solicitó asilo en Suecia justificando el riesgo de regresar a su país, principalmente por sus actividades políticas en contra del régimen del Estado y, consecuencialmente, por su conversión al cristianismo. Suecia justificó el rechazo de la solicitud de asilo en atención a que su participación en manifestaciones y el apoyo a movimientos contrarios al régimen político de Irán no implicaban en sí mismo un riesgo de sufrir persecución, malos tratos o castigo si regresaba a dicho país. Además, señaló que, dentro de los motivos de su negativa, el solicitante no invocó su conversión al cristianismo como motivo de asilo, por lo que se procedió a su expulsión.
El Tribunal determinó, en este caso, que dentro del marco de una expulsión, si existen motivos fundados de que la persona expulsada a su país de origen pueda correr un riesgo real de ser condenada a la pena de muerte, tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes, el Estado contratante no debe expulsar a dicha persona, analizando conjuntamente ambas disposiciones (artículos 2.º y 3.º CEDH).

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su art. 1, define "tortura" señalando que:

> *"Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o accionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, y que sean inherentes o incidentales a éstas"*.

No es objeto de esta investigación explicar detalladamente el art. 3 de la CEDH, sino centrar el estudio en la protección que este precepto establece respecto de los extranjeros, así como el reconocimiento de la titularidad de sus derechos[953].

Para que un trato sea comprendido bajo la figura de la tortura, de acuerdo con el TEDH, el trato inhumano y degradante debe contemplar un nivel mínimo de gravedad de los hechos que no puede ser permitido por los Estados, entendiendo la construcción de este derecho en términos absolutos.

En cuanto a la intensidad de la conducta como criterio diferenciador, únicamente aquellas acciones especialmente graves, que hayan implicado un nivel elevado de crueldad y sufrimiento, serán calificadas como torturas[954].

---

[953] Para un análisis más detallado de los términos del art. 3.º de la CEDH, véase INELI-CIGER, Meltem. "Protecting aliens with Article 3 of the ECHR". En: MOYA MALAPEIRA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden: Brill Nijhoff, 2021, pp. 46-52.

[954] GANDIA MIRA, Yolanda. "La prohibición de la tortura: condenas del TEDH al Estado español por la violación del art. 3 de la CEDH en su vertiente procesal", en *Actualidad jurídica*. 2018. No. 9, p. 493. Sin embargo, en algunos casos, como el de personas extranjeras detenidas, el TEDH ha señalado que el trato infligido aunque era calificable como grave, no constituía tortura en el sentido del art. 3 CEDH. Sin embargo, estableció que algunas de las técnicas empleadas constituían tratos inhumanos o degradantes, violando así el art. 3. Por lo tanto, la identificación de estas conductas gira entono a los criterios de intensidad del maltrato, finalidad y el sujeto que lo ejerce.

Por otra parte, el art. 4.º CEDH proclama uno de los valores fundamentales en las sociedades democráticas: prohibiendo la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso. Sin embargo, la misma norma, en su numeral tercero, contempla algunos hechos que no son considerados como trabajo forzoso.

> *No se considera como trabajo forzoso u obligatorio en el sentido del presente art.:*
>
> *a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el art. 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional;*
>
> *b) Todo servicio de carácter militar, o en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción sea reconocida como legitima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio;*
>
> *c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenace la vida o el bienestar de la comunidad;*
>
> *d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.*

El art. 4 CEDH contiene derechos de carácter absoluto y, por lo tanto, no están sujetos a ningún tipo de excepción, limitación o derogación por parte de los Estados, incluso bajo circunstancia de guerra u otro peligro en que se encuentre la vida de la nación. [955] El convenio no contiene una definición de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, por lo que cualquier referencia a estas figuras deben remitirse a los tratados internacionales en la materia para definir las distintas categorías a las cuales la CEDH hace alusión[956].

[955] DÍAZ MORGADO, Celia. "Prohibition of slavery and forced labour (Article 4)". En: MOYA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden: Brill Nijhoff, 2021, p. 77. La prohibición de la esclavitud es considerada en el derecho internacional una norma de *ius cogens.*

[956] DÍAZ MORGADO, C., op. cit., p. 78. La propiedad o el concepto de propiedad será un elemento clave en la definición de esclavitud que el TEDH reafirma como un elemento inherente de esta situación de esclavitud.

Uno de los primeros casos en que se pronuncia el TEDH sobre esta materia, es el asunto *Van der Mussele c. Bélgica*. Este no se refiere a personas extranjeras, pero permite comprender la configuración y definición que el tribunal adopta sobre trabajo forzoso, teniendo como bases la convención número 29 de la OIT de 1930 sobre trabajo forzoso antes señalada. En esta definición se incluyen dos elementos básicos: primero, el realizar un determinado trabajo bajo la posibilidad de cometer un delito, y segundo, la ausencia de consentimiento de la persona respecto a la cual está ejercitándose ese trabajo.

Una figura vinculada a la esclavitud y al trabajo forzoso es la trata de personas. Si bien art. 4 CEDH no hace referencia alguna a la trata de seres humanos como un fenómeno diferenciado, esta figura se encuentra relacionada con la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso, por lo que el TEDH, a través de su jurisprudencia, ha asentado una doctrina firme al respecto, en tanto considera que la trata está implícitamente incluida en el primer número, esto es, entre malas prácticas absolutamente prohibidas, sin excepción alguna en la línea adoptada por numerosas organizaciones internacionales, como la OIT, en su Protocolo de 2014 sobre el trabajo forzoso[957].

En 2005, tuvo lugar una decisión histórica del TEDH respecto al caso *Siliadin c. Francia*, en el cual se condena por primera vez a un país europeo por violación al art. 4.º CEDH[958]. Ramaële Siliadin, una joven mujer de Togo, fue traída ilegalmente a Francia y obligada a trabajar como empleada doméstica sin paga y en condiciones de explotación. Tras escapar de su situación, fue acogida por una organización humanitaria y presentó una denuncia contra su empleadora por trata de personas y trabajo forzado. El tribunal francés la desestimó, argumentando que no podía probar la existencia de un contrato de trabajo. Sin embargo, el TEDH revocó esta decisión y estableció que la esclavitud moderna y el trabajo forzado violan la Convención Europea de Derechos Humanos.

---

[957] OLARTE ENCABO, Sofia. "La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. Análisis crítico desde la perspectiva laboral", en *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2018. N.° 145, p. 58. En la línea adoptada por numerosas organizaciones internacionales, como la OIT, en su protocolo de 2014 sobre el trabajo forzoso. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15 Noviembre 2000. [Fecha de la consulta: 29 de febrero de 2024]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/leg/multilateraltreaty/unga/2000/es/23886. El protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional en su art. 3 a), define la trata de personas: *"como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos."*

[958] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 73316/01, Caso Siliadin contra Francia, de 26 de julio de 2005. Según la interpretación del art. 4 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos en cuanto a la definición de qué constituye trabajo forzoso, el tribunal invocó el convenio n.° 29 de la OIT y analizó los elementos constitutivos de la situación de trabajo forzoso de acuerdo al art. 2 de dicho convenio. Concluyó que Siliadin había estado sometida a trabajo forzoso según su significado en el art. 4 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Aunque la demandante no fue amenazada con una "pena", se encontró en una situación similar en términos de seriedad percibida de la amenaza recibida. Se llegó a esta conclusión teniendo en cuenta que "era una adolescente en el extranjero, presente de forma ilegal en el territorio francés y con miedo a ser arrestada por la policía", y que los demandados "alimentaron ese miedo y la hicieron creer que su condición se regularizaría".

En el caso *Chowdury y otros c. Grecia*[959], respecto a trabajadores extranjeros agrarios temporeros (recolectores de fresa) provenientes de Bangladesh, que se encontraban en situación irregular y sin permiso de trabajo en ese país, el tribunal condenó a Grecia por incumplimiento de obligaciones activas de prevención de la trata y de tutela de las víctimas. No obstante, el TEDH no consideró que haya existido esclavitud ni servidumbre, sino tan solo trata con fines explotación laboral, siendo un exponente de la reticencia de este órgano judicial a admitir la existencia de formas contemporáneas de esclavitud en Europa, considerando que se está ante trata de seres humanos con fines de explotación laboral; es decir, relaciones laborales en la que concurren ilícitos como el impago de salarios[960].

Este caso tiene una gran relevancia, toda vez que la víctima no es una persona individual sometida a algunas de las acciones señaladas en el art. 4 CEDH, sino que un colectivo de personas en una especial situación de vulnerabilidad como son las personas extranjeras en situación irregular.

Lo importante de este caso es que "El tribunal parte aquí de la existencia de un consentimiento libre por parte de los obreros o trabajadores (un contrato laboral), olvidando aquí el TEDH su propia doctrina sobre la libertad efectiva, más allá de una estricta y mixtificadora noción de libertad formal, sin considerar que se trata de una situación de vulnerabilidad, cuando se habla de migrantes, en situación irregular, sin vivienda, sin medios de vida y sin conocimiento de la lengua del país de destino, que no perciben salarios durante al menos seis meses (y con promesa de no recibirlos si no se continúa trabajando); la actividad que desempeñan, además, bajo vigilancia armada y que, ante una huelga reivindicativa del pago de salarios adeudados, son abatidos a tiros"[961].

[959] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 21884/15, Caso Chowdury y otros contra Grecia, de 30 de marzo de 2017.
[960] OLARTE, S., op. cit., p. 76. Específicamente, dada las condiciones de vida y de trabajo indignas, pero sobre todo ante el impago de seis mensualidades del salario pactado, inician una huelga para reclamar el pago de dichos salarios, siendo abatidos a tiros por guardias armados de la empresa. Se demanda a Grecia por violación del art. 4 de la Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales relativo a la trata de seres humanos, trabajos forzados y esclavitud o prácticas análogas a esta.
[961] Ibidem, p. 76.

5.3. La situación personal del demandante

En relación con la jurisprudencia del TEDH, basándose principalmente en el art. 3.º CEDH, el asunto *D. c. Reino Unido*,[962] el tribunal europeo se pronunció respecto de la deportación de una persona enferma y la posibilidad de que pudiese sufrir algún riesgo a su vida, aplicando el art. 3.º y no el art. 2.º CEDH.

Al demandante, proveniente de Saint-Kitts and Nevis, Reino Unido le prohibió su entrada a dicho estado a través del aeropuerto de Londres en enero de 1993; al incautarle una gran cantidad de cocaína en el control migratorio. Sin embargo, no fue expulsado, como lo establece la normativa, sino que fue arrestado y acusado por el delito de tráfico ilegal de drogas ilícitas, siendo condenado a 6 años de privación de libertad en un centro carcelario. Fue diagnosticado con VIH durante su encarcelamiento, estando su enfermedad muy avanzada y su salud muy deteriorada. Posteriormente, en 1996, fue expulsado de su país de origen. Al no ser considerada su solicitud por el TEDH, presentó una solicitud ante el TEDH.

Aquí, el tribunal realiza su examen en base al art. 3.º CEDH: recordando, en primer lugar, que el derecho internacional les reconoce a los Estados el derecho de expulsar a un extranjero que no cumpla con la normativa interna, siendo justificada dicha expulsión en los casos que se trate de extranjeros traficantes de drogas, pero siempre debiendo velar por las obligaciones derivadas de la CEDH, especialmente aquella contenida en el art. 3.º en atención a su carácter absoluto.

En este caso, el TEDH realizó una interpretación amplia del art. 3 CEDH para valorar otras situaciones, como sería el riesgo que sufre una persona a tratos denigrantes en el país de destino; pero provocados por factores que no pueden obligar, directa o indirectamente, la responsabilidad de las autoridades de ese país o que, considerados de forma aislada, no vulnerarían por si solas las reglas de la norma citada. En estos casos, el tribunal procede a un análisis riguroso de la situación personal del demandante, su actual estado de salud y la situación que le espera en caso de ser expulsado.

[962] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 30240/96, Caso D. contra Reino Unido, de 2 de mayo de 1997.

Además, se reconoció que el Reino Unido había asumido la responsabilidad del pago del tratamiento del demandante desde 1994, por lo que la interrupción de este acarrearía graves consecuencias a su vida. El tribunal destacó que la situación a la que se expone al demandante en Saint-Kitts no constituye en sí misma una violación del art. 3. Sin embargo, por las razones indicadas, su expulsión hacia ese país conllevaría para él un riesgo real de morir en unas circunstancias especialmente dolorosas y, por lo tanto, a un trato humano contrario al art. 3.

A este respecto, el tribunal destacó que los no nacionales que hayan cumplido condena en prisión y que estén bajo los efectos de una orden de expulsión no pueden, en principio, reivindicar su derecho a permanecer en el territorio del Estado para continuar beneficiándose de la asistencia médica, social u otra, garantizadas durante su permanencia en prisión por parte del Estado que les expulsa. Sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias tan excepcionales del caso y debido a las consideraciones humanitarias que están en juego, el tribunal concluyó que la expulsión del demandante constituye un trato inhumano, que vulnera el art. 3, por parte del Estado demandado.

Por último, en un mismo sentido, el TEDH ha determinado que en ciertas situaciones, como aquellas en que se estime el riesgo de expulsar a una persona a un país que se encuentre en un conflicto armado, debe ser evaluada bajo la protección del art. 2.º de manera conexa con el art. 3.º.

Una situación de especial interés se presenta cuando la vida de la persona extranjera se encuentre en riesgo durante su viaje migratorio, sea este hacia Europa o en caso de retornar a su país de origen. En estos casos, el art. 2.º CEDH establece un tipo de obligación positiva de prevenir la muerte de los inmigrantes y de llevar a cabo una investigación oficial en los casos en que la muerte durante el trayecto se haya producido en alguno de los territorios del Estado de destino.

Aun cuando en esta materia la jurisprudencia todavía es escasa, las pocas sentencias dictadas permiten delimitar el núcleo de estas obligaciones positivas hacia las personas extranjeras[963]. Para la comprensión de esta idea, es importante la vinculación a la

[963] RUIZ RAMOS, J., op. cit., p. 34.

categorización de extranjero como sujeto en condición de vulnerabilidad que requiere una especial protección por parte de los Estados, como ya vimos anteriormente.

En el caso de los Estados que forman parte del convenio, el derecho a la vida del extranjero, bajo la perspectiva del art. 2.º CEDH, no tiene diferencias significativas en relación con el derecho a la vida de los nacionales del Estado contratante, sin perjuicio de la precaria situación en que se encuentran a menudo los inmigrantes irregulares, en las que pueden existir factores que ponen en peligro su vida, sobre todo si se encuentran en condiciones complejas de salud o alguna situación análoga[964].

Esto queda demostrado en el caso *V.M. y otros c. Bélgica*[965]. Los demandantes, en este caso, eran una familia serbia que solicitó asilo en Bélgica. También solicitaron permiso de residencia por motivos médicos, dado que la hija mayor padecía varias patologías. Tras ser rechazada su solicitud, fueron expulsados del centro de acogida en el que se encontraban y, por ende, no podían optar a las ayudas estatales. En consecuencia, la familia permaneció tres semanas en condiciones miserables en una estación de ferrocarril antes de regresar a Serbia con la ayuda de una organización benéfica local. Dos meses después del regreso a Serbia, la hija mayor falleció de una infección pulmonar. Los demandantes afirman que su hija no habría muerto si las autoridades belgas no la hubiesen expuesto a condiciones de indigencia material.

El Tribunal concluyó que las causas de la muerte en este caso no se debieron a las condiciones de rechazo en Bélgica. Sin embargo, la acción de este país de otorgarle condiciones dignas a la familia puso en peligro la salud de las personas y las condiciones para su retorno a Serbia. Además, enfatizó en la importancia de la responsabilidad de investigar las circunstancias de la muerte y de adoptar medidas operativas preventivas para proteger a la persona cuando su vida esté en riesgo

[964] Ídem.
[965] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 60125/11, Caso V.M y otros contra Bélgica, de 17 de noviembre de 2016.

5.4. Existencia de un riesgo real para la vida de la persona extranjera

En el caso en *K.A.B c. Suecia*[966], el TEDH realiza una interpretación conjunta de los artículos 2 y 3 CEDH, considerándolos indisociables. En este caso, un ciudadano de Somalia alegaba que, si regresaba a su país, correría el riesgo de sufrir graves agresiones por parte de Al-Shabaab y que no podría obtener ninguna protección de su clan, por lo que su deportación a Somalia significaba una violación a los artículos 2.º y 3.º de la CEDH.

Recalca que la apreciación de la existencia de un riesgo real debe ser necesariamente rigurosa siendo, en primer lugar, responsabilidad del solicitante aportar las pruebas que demuestren que existen motivos fundados para creer que, de aplicarse la medida impugnada, se vería expuesto a un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al art. 3.º CEDH.

En esta valoración, se deben tener en consideración, además, las condiciones actuales al momento de decidir el asunto. En otras palabras, se ha de tomar en cuenta la información que ha salido a la luz después de que las autoridades nacionales adoptaran la decisión definitiva. La apreciación debe centrarse en las consecuencias previsibles del traslado del solicitante al país de destino, considerando la situación general en dicho país, así como las circunstancias personales del solicitante. A este respecto, y cuando sea pertinente hacerlo, el TEDH tendrá en cuenta si existe una situación general de violencia en el país de destino.

Los principios anteriores se aplican también en relación con el art. 2 del convenio. El tribunal concluye que el demandante no ha logrado demostrar que se enfrentaría a un riesgo real de ser asesinado o sometido a malos tratos a su regreso a Somalia. En consecuencia, su deportación a ese país no implicaría una violación de los artículos 2 o 3 del convenio (párr. 71 y 72).

[966] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 886/11, Caso K.A.B contra Suecia, de 5 de septiembre de 2013.

6. Titularidad y ejercicio de derechos de los extranjeros según el TEDH

El CEDH contiene al menos 6 disposiciones que establecen un trato diferenciado entre extranjeros y nacionales. Como todas las excepciones en materia de derechos humanos, deben ser interpretadas de manera restrictiva, es decir, "no se solicitarán para cualquier fin distinto de aquellos para los que han sido prescritos (art. 18 CEDH)", además de estar sujetas a los requisitos de necesidad y proporcionalidad para poder ser aplicadas[967].

6.1. Derechos de circulación y residencia: art. 5.º de la CEDH y su Protocolo Adicional N.° Cuarto

El CEDH contiene una lista exhaustiva de motivos de detención, uno de los cuales es evitar la entrada no autorizada o facilitar la expulsión de una persona. En el derecho de la UE, el principio fundamental es que la detención de personas en busca de protección internacional y personas sujetas a procedimientos de retorno ha de ser necesaria. Para que la detención no sea arbitraria, se deben cumplir ciertos requisitos adicionales, como dar razones que justifiquen la detención y permitan el acceso del detenido a un control judicial rápido[968].

En materia de expulsiones, el art. 5.º CEDH resguarda y regula las cuestiones relativas a la privación de libertad (el derecho a la libertad y a la seguridad de todas las personas), salvo en los casos de detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que se esté cursando un procedimiento de expulsión o extradición.

Sin embargo, fue necesario complementar esta norma mediante el Protocolo número 4 de la CEDH, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los ya establecidos en el convenio, específicamente en el caso de extranjeros. Este protocolo, además de resguardar la libertad de circulación en su art. 2.º, establece la prohibición de expulsión

[967] LAMBERT, H., op. cit., pp. 25 a 41.
[968] CONSEJO DE EUROPA. *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración. Edición 2020* [en línea]. 2020, p. 216. [Fecha de la consulta: 13 de agosto de 2024]. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_asylum_SPA

de los nacionales de un Estado contratante (art. 3.º) y la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4.º).

La norma señalada permite a los Estados controlar la libertad de los extranjeros en un contexto de movilidad migratoria en dos situaciones distintas. En primer lugar, permite la detención de un solicitante de asilo u otro inmigrante antes de que el Estado conceda la autorización de entrada, es decir, no ha ingresado al territorio del Estado, por ende no existe una orden de expulsión. En segundo lugar, la norma se refiere a las restricciones de la libertad de movimiento y detención a efectos de ejecutar la orden de expulsión. El problema de estas acciones es dilucidar cuando se trata de un caso u otro[969].

El tribunal ha señalado que, para determinar si la situación de un individuo está protegida por el art. 5.° CEDH o el art. 2 del Protocolo N.° 4, se debe partir de una evaluación de la situación del individuo, la cual debe considerar una serie de criterios, como por ejemplo, el tipo, la duración, los efectos y la modalidad de ejecución de la medida que se trate. La diferencia entre la privación de libertad y la restricción a la libre circulación dependerá del grado e intensidad de la misma y no de su o naturaleza o contenido[970].

En ese sentido, al analizar la jurisprudencia del TEDH en relación con la titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos en el CEDH, es necesario analizar las distintas situaciones en las cuales las personas extranjeras se ven afectadas en su derecho a la libertad de circulación y residencia, así como se puedan ver afectadas en su seguridad individual.

6.1.1. El poder de los Estados para detener extranjeros

Los Estados tienen el poder de detener a las personas extranjeras en fronteras y retenerlas en centros de internamiento de extranjeros en determinadas situaciones, ya sea para impedir su ingreso de manera ilegal al país, o en el caso de comisión de delitos o cumplimiento de penas.

---

969 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Immmigration.* Consejo de Europa [en línea]. 2022, pp. 16-57. Fecha de la consulta: 1 de marzo de 2024]. Disponible en https://ks.echr.coe.int/ `

970 Véase Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 43395/09, Caso De Tomaso contra Italia, de 23 de febrero de 2017. §80.

En la mayoría de los países europeos, la detención de las personas extranjeras (en aquellos casos en que lleguen a otro país sin portar la documentación o autorizaciones necesarias, porten documentación o autorizaciones falsas, o ingresen al país por lugares no habilitados para el propósito) es un paso preliminar para la materialización de la expulsión o extradición de acuerdo con lo que establece el art. 5 letra f) de la CEDH.[971] Esto ha significado un aumento importante en el volumen de la jurisprudencia del tribunal europeo en los últimos años, debido a la adopción de la detención de inmigrantes irregulares como práctica habitual por parte de los países europeos[972].

En el desarrollo de esta jurisprudencia, esta investigación se remitirá exclusivamente a aquellos casos puestos en conocimiento del tribunal de detención de personas extranjeras bajo el art. 5 de la CEDH, sin abordar aquellos casos en que la detención vulnera el art. 3 de la CEDH (como en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*).

La decisión, amparado bajo el art. 5 de la CEDH, de detener a una persona basada en su estatus migratorio es refutada, por una parte de la doctrina, por dos importantes razones. La primera, porque el tribunal no desarrolla un efectivo "test de proporcionalidad"; es decir, una determinación de la necesidad, sustentabilidad y proporcionalidad de la detención, en el sentido de los procesos migratorios. Segundo, porque la aproximación adoptada de conceder la detención como algo necesario adjunto a la soberanía de los Estados, sería negarle el derecho de control sobre sus territorios[973].

Respecto a lo anterior, el tribunal ha señalado que:

[971] PINTO OLIVEIRA Andreia Sofía. "Alien's protection against arbitrary detention". En: MOYA MALAPEIRA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden_ Brill Nijhoff, 2021, p. 97. El Consejo de Europa ha desarrollado un importante trabajo respecto a la detención en contexto de inmigraciones especialmente en las alternativas a la detención. En el año 2015, el Comité de Ministros mandató al Comité Directivo de Derechos Humanos a encargarse y elaborar un trabajo para el bienio 2016-2017, a la luz de la jurisprudencia más relevante del TEDH y los instrumentos del Consejo de Europa, conducente al análisis de las prácticas legales y los aspectos específicos de la relación de las migraciones humanas y los derechos humanos, con especial énfasis a examinar las alternativas a la detencion y a explorar la necesidad de trabajo del Comité. En el año 2017, este Comité Directivo publicó un análisis denominado *Legal and practical aspecs to effective alternatives to detention in the context of migration* y en el año 2019 adoptó *The Practical guidance on alternative to immigration detntion: foresting effective results.*
[972] Ibidem, p. 98.
[973] Ibid., p. 99.

> "Para determinar si alguien ha sido "privado de su libertad" en el sentido del art. 5, el punto de partida debe ser su situación concreta y real, y debe tenerse en cuenta toda una serie de factores, como el tipo, la duración, los efectos y la forma de aplicación de la medida en cuestión. La diferencia entre la privación y la restricción de la libertad es de grado o intensidad, y no de naturaleza o sustancia (…), al establecer la distinción entre una restricción de la libertad de circulación y la privación de libertad en el contexto de la situación de los solicitantes de asilo, su enfoque debe ser práctico y realista, teniendo en cuenta las condiciones y los desafíos actuales. Es importante, en particular, reconocer el derecho de los Estados, sin perjuicio de sus obligaciones internacionales, a controlar sus fronteras y a tomar medidas contra los extranjeros que eludan las restricciones a la inmigración" [974].

La redacción del art. 5.1 letra f) de la CEDH permite comprender la facultad que tienen los Estados partes de detener extranjeros con el fin de evitar su entrada ilegal al territorio o cuando esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. *Si se trata de la privación de libertad o de la detención, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición*. Es decir, está configurada como una excepción a la universalidad en la aplicación de los derechos contenidos en el convenio.

Las restricciones a la libertad de circulación de los extranjeros que se encuentren legalmente dentro del territorio de un Estado contratante se encuentran en el art. 2 del Protocolo N.° 4 de la CEDH, que establece restricciones al derecho que tiene toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado a circular libremente por él, a elegir libremente su residencia y a abandonar libremente el país.

Las restricciones de estos derechos deben estar previstas en la ley y ser necesarias en una sociedad democrática, ya sea en pos de la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de

[974] Véase Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 10593/08, Caso Nada contra Suiza, de 12 de de septiembre de 2012, §225; Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 26291/06, de 15 de octubre de 2013, §40. También *De Tommaso c. Italia*, §80; y Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 53659/07, Kasparov contra Rusia, de 11 de octubre de 2016, §36.

la moral o la protección de los derechos y libertades de terceros. De todas formas, se podrán restringir ciertas zonas determinadas cuando el interés público en una sociedad democrática así lo justifique.

En el caso *Ilias y Ahamed c. Hungría*[975] sobre detención en la zona de tránsito fronterizo, los demandantes, ambos nacionales de Bangladesh, llegaron desde Serbia ingresando a Hungría por la zona tránsito de Röszke, situada en la frontera entre ambos países. En territorio húngaro, presentaron sus solicitudes de asilo el mismo día de su llegada, pero fueron rechazadas por ser inadmisibles: por lo que en cuestión de horas se ordenó su expulsión del territorio. Tras la interposición de un recurso por parte de los demandantes, pasaron 23 días en la zona de tránsito, en espera de la resolución del procedimiento. Recién en octubre del 2015, tras la decisión final que rechazaba sus solicitudes de asilo y, ordenada su expulsión, fueron escoltados fuera de la zona de tránsito hasta cruzar la frontera de vuelta a Serbia. Los demandantes alegaron que las condiciones en las que estaban mientas se encontraban detenidos y, posteriormente en la zona de tránsito, eran deplorables y que no tuvieron asistencia médica ni social durante toda su estancia.

En este caso, la Gran Sala estableció que, para determinar "la distinción entre una restricción de la libertad de circulación y una privación de libertad en el contexto del confinamiento de extranjeros en las zonas de tránsito de los aeropuertos y en los centros de recepción para la identificación y el registro de los migrantes, los factores tomados en consideración por el tribunal pueden resumirse en i) la situación individual de los solicitantes y sus elecciones, ii) el régimen jurídico aplicable del país respectivo y su finalidad, iii) la duración pertinente, especialmente a la luz de la finalidad y la protección procesal de la que gozan los solicitantes en espera de los acontecimientos, y iv) la naturaleza y el grado de las restricciones reales impuestas a los solicitantes o experimentadas por ellos" (párr. 217).

[975] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 47287/15, Caso Ilias y Ahmed contra Hungría, de 21 de noviembre de 2019. No se entrará en el análisis de las directrices del Consejo de Europa y los conceptos de la aplicación del tercer país seguro de los solicitantes de asilo, toda vez que no es objeto de esta investigación. El presente caso hace referencia, al parecer por primera vez, a una zona de tránsito situada en la frontera terrestre entre dos Estados miembros del Consejo de Europa, en la que los solicitantes de asilo debían permanecer a la espera del examen de la admisibilidad de sus solicitudes de asilo. La finalidad específica, así como las características físicas y jurídicas de dichas zonas de tránsito, tendrán inevitablemente un impacto en futuros análisis del tribunal sobre la aplicabilidad del art. 5.

El TEDH consideró que, teniendo en cuenta todas las circunstancias del presente caso analizadas anteriormente, los demandantes no fueron privados de su libertad en el sentido del art. 5 CEDH, por lo que dicha disposición no es aplicable al caso. Sin embargo, sostiene por unanimidad que se ha producido una violación del art. 3 del convenio en lo que respecta al traslado de los demandantes a Serbia (párr. 249).

La regla de la decisión individual es asumida ahora como parte del concepto de la detención. No es un factor nuevo pero su visibilidad en sí es interesante, toda vez que el acercamiento al respecto del confinamiento de los inmigrantes al entrar a un territorio no es, como en otros casos, una decisión del Estado, porque aquí es del individuo que insiste en ser admitido en ese país.

Respecto a la legalidad de la detención, el art. 5 del convenio se encuentra inspirado en las normas del art. 3 y 9 de la DUDH.[976] La obligación de legalidad está establecida en la parte introductoria, al señalar que nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos y de acuerdo con los procedimientos que establezca la ley. Por lo tanto, no solo depende del procedimiento de la detención, sino también de las provisiones específicas que se encuentran en los párrafos 2 y 5 del art. 5.1 CEDH. Este listado permite justificar detenciones exhaustivamente, permitiendo hacer dos justificaciones: la detención preventiva (antes de entrar al Estado) y la detención previa a la deportación.

En el caso *Saadi c. Reino Unido,* relativo a la detención de una persona para impedir su entrada ilegal en el país[977], el TEDH sostuvo que, mientras un Estado miembro no autorice la entrada al país formalmente, cualquier ingreso se considerará no autorizado (párr. 65).

[976] *Art. 3º DUDH. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Art. 9º DUDH. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.*

[977] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 13229/03, Caso Saadi contra Reino Unido, de 29 de enero de 2008. En diciembre de 2000, un médico iraquí ayudó a escapar a tres compañeros heridos del Partido Comunista de los Trabajadores Iraquíes, lo que lo llevó a huir a Reino Unido y solicitar asilo. Se le concedió "admisión temporal" varias veces mientras esperaba espacio en un centro de recepción. El 2 de enero de 2001 fue detenido y trasladado al centro de Oakington. Tras 76 horas detenido, su abogado solicitó su liberación, argumentando que la detención era ilegal. La solicitud de asilo fue inicialmente rechazada, pero tras apelar, se le concedió asilo el 14 de enero de 2003.

La detención de una persona que desea entrar en el país pero aún no tiene la autorización correspondiente podría estar dirigida a impedir que entre irregularmente en el territorio en el sentido del artículo 5.1 f) de la CEDH[978].

En el caso *Chahal c. Reino Unido*[979], el TEDH se pronunció sobre la importancia de un control judicial efectivo en las detenciones preventivas y de internamiento. El tribunal concluyó que, en asuntos de seguridad nacional, el uso de información confidencial puede ser esencial. No obstante, esto no exime a las autoridades nacionales del control de los tribunales internos, incluso cuando aleguen que el caso afecta la seguridad nacional o el terrorismo. La necesidad de garantizar al justiciable un adecuado acceso a las normas de procedimiento puede conciliarse con los legítimos intereses de proteger la naturaleza y las fuentes de la información mediante métodos apropiados.

Resulta muy relevante, en materia de derechos humanos, los casos en los cuales los extranjeros son detenidos y privados de libertad en centros de internamiento para extranjeros (CIES). El caso *Aden Ahmed c. Malta*[980] aborda la situación de una mujer nacional de Somalia detenida en Malta tras haber entrado ilegalmente en un barco con el fin de solicitar asilo, siendo posteriormente recluida en un centro maltés de internamiento de inmigrantes en situación irregular. En este caso, el TEDH señaló que, además de haberse violado lo dispuesto en el art. 3 CEDH, se estableció la existencia de los

[978] CONSEJO DE EUROPA, "*Manual*…", op. cit., p. 223. El Tribunal no aceptó la idea de que, cuando un solicitante de asilo se entrega a las autoridades de inmigración, está intentando entrar regularmente, por lo que su detención no se puede justificar mediante el artículo 5.1 f). Sin embargo, en el caso *Suso Musa contra Malta* el TEDH consideró que, cuando un Estado va más allá de sus obligaciones legales y adopta una legislación que autoriza de forma explícita la entrada o la permanencia de inmigrantes durante el examen de una solicitud de asilo, ya sea de forma independiente o en cumplimiento de la legislación de la UE, cualquier detención ulterior con el fin de evitar una entrada no autorizada puede plantear la cuestión de la legalidad de la detención con arreglo al artículo 5.1 f). Ciertamente, en esas circunstancias, sería difícil considerar la medida estrechamente conectada con el propósito de la detención o considerar la situación acorde con la legislación nacional.

[979] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 22414/93, Caso Chahal contra Reino Unido, de 15 de noviembre de 1996. En diciembre de 2000, un médico iraquí, que ayudó a escapar a compañeros heridos del Partido Comunista de los Trabajadores Iraquíes, huyó al Reino Unido y solicitó asilo. Tras varios periodos de "admisión temporal", fue detenido y trasladado al centro de Oakington, donde su abogado solicitó su liberación por considerar su detención ilegal. Aunque inicialmente su solicitud de asilo fue rechazada, finalmente se le concedió en 2003. El caso se asemeja al de Chahal, un activista sij que temía ser torturado si era deportado a la India. A pesar de que el Reino Unido argumentó que Chahal representaba una amenaza para la seguridad nacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló a su favor. Basándose en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el tribunal determinó que la prohibición de la tortura es absoluta y que nadie puede ser deportado a un país donde exista un riesgo real de tortura o tratos inhumanos, incluso en casos de seguridad nacional.

[980] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 55352/12, Caso Aden Ahmed contra Malta, de 23 de julio de 2013.

principios generales contenidos en el art. 5 CEDH, que consagran los derechos fundamentales de la protección del individuo contra toda injerencia arbitraria del Estado en su derecho a la libertad.

Los apartados del art. 5.1. contienen una lista exhaustiva de motivos admisibles por los que las personas pueden ser privadas de libertad. Ninguna privación de libertad será legal a menos que esté comprendida en uno de esos motivos:

> *1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:*
> *a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.*
> *b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.*
> *c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.*
> *d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.*
> *e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.*
> *f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.*

Una de las excepciones, contenida en el apartado f), permite al Estado controlar la libertad de los extranjeros en un contexto de inmigración. En este sentido, el artículo 5.1. f) de la CEDH no exige que la detención se considere razonablemente necesaria, por ejemplo,

para evitar que el individuo cometa un delito o huya. Cualquier privación de libertad en virtud de la segunda parte del artículo 5 estará justificada, siempre y cuando estén en curso los procedimientos de deportación o extradición. Si dichos procedimientos no se tramitan con la debida diligencia, la detención dejará de ser admisible. (párr. 138 y 139)

Además, señala que "la privación de libertad también debe ser 'legal'. Cuando se cuestiona la 'legalidad' de la privación de libertad, incluida la cuestión de si se ha seguido 'un procedimiento previsto por la ley', el convenio remite esencialmente al derecho interno y establece la obligación de ajustarse a las normas sustantivas y procesales del derecho interno. Las palabras 'de conformidad con un procedimiento prescrito por la ley' no solo remiten al derecho interno, sino que también se refieren a la calidad de este derecho, exigiendo que sea compatible con el Estado de derecho, concepto inherente a todos los artículos del convenio. Cuando una ley nacional autoriza la privación de libertad, debe ser suficientemente accesible y precisa para evitar todo riesgo de arbitrariedad: por lo tanto, el cumplimiento de la legislación nacional no resulta suficiente. El art. 5 de la CEDH exige, además, que toda privación de libertad se ajuste a la finalidad de proteger al individuo contra la arbitrariedad" (párr. 140 y ss.).

El caso de prohibición de expulsiones colectivas, establecido de manera explícita en el art. 4.º del Protocolo N.° 4, es adecuadamente ilustrado por el asunto *Conka c. Bélgica*[981]. Este aborda el caso de ciudadanos eslovacos de origen zíngaro que, al haber sido agredidos varias veces por grupos *skinhead,* decidieron huir a Bélgica, país que rechazó su solicitud de refugio y los detuvo junto a otras personas zíngaras eslovacas, a efecto de expulsarlas a todas conjuntamente.

El TEDH señaló que, tratándose concretamente de las decisiones de expulsión tomadas en contra de los demandantes, estos consideran que estas traducían una voluntad firme de las autoridades de proceder a un tratamiento colectivo de la situación de un grupo de particulares, en este caso los zíngaros de Eslovaquia (párr. 56). Concluye que en ninguna fase del período, que comprende desde la convocatoria de los interesados en la comisaría hasta su expulsión, el procedimiento seguido ofreció garantías suficientes que

[981] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 51564/99, Caso Conka contra Bélgica, de 5 de febrero de 2002.

atestiguaran una consideración real y diferenciada de la situación individual de cada una de las personas afectadas (párr. 63).

El tribunal, a través de su jurisprudencia, ya había determinado lo que se debía entender por expulsión colectiva, en el sentido del artículo 4 del Protocolo N.° 4: "toda medida que obligue a unos extranjeros, como grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en los que dicha medida sea tomada como resultado y en base a un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo". Esto no implica que, allá donde se cumpla esta última condición, las circunstancias que rodeen la ejecución de las decisiones de expulsión no jueguen un papel en la apreciación del cumplimiento del artículo 4 del Protocolo N.° 4.

6.2. Garantías procesales y penales

En relación con la protección de los derechos a un juicio justo y a un recurso efectivo, el convenio no contiene una estipulación específica relativa a los extranjeros. Sin embargo, mediante la interpretación que ha realizado el TEDH de algunos artículos del convenio, se ha encontrado una vía que permite realizar una construcción del derecho protegido. Así, es posible apreciar que, mediante el Protocolo N.° 7 en su art. 1.º, se establecen las garantías procesales relativas a los extranjeros, en la cual los residentes legales solo podrán ser expulsados en virtud de una decisión adoptada conforme a la ley, permitiéndoseles presentar acciones en contra de su expulsión como la revisión de su caso y el ser representado por la autoridad competente; excepto cuando dicha expulsión sea decretada por razones de orden público o seguridad nacional.

En una interpretación restrictiva del art. 6 CEDH, se entiende que el derecho a un juicio no puede aplicarse a las decisiones relativas a la entrada, el establecimiento o la expulsión de personas extranjeras En consecuencia, el art. 13 CEDH se convierte en la principal disposición para resguardar las garantías procesales de los extranjeros.[982]

[982] BOZA MARTINEZ, Diego. "Procedural Rights protecting immigrants. Right to a fair trial (article 6) and right to an effective remedy (article 13)". En: MOYA MALAPEIRA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden: Brill Nijhoff, 2021, p. 118.

El art. 6 CEDH reconoce las garantías en los procedimientos penales, como la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo. Este artículo contiene procedimientos de garantías de los derechos más amplios que los que presenta el art. 13 CEDH, relativa específicamente a los derechos civiles y sus obligaciones. El art. 13 del convenio solo menciona los derechos y libertades protegidas por este. La magnitud de ambos derechos es diferente: mientras el art. 6.1 CEDH reconoce el derecho al juicio justo, que implica el derecho a acceder a un juicio público, independiente e imparcial ejercido por un tribunal establecido por la ley; el art. 13 CEDH contiene un aspecto más general que no necesariamente se refiere a un cuerpo jurídico[983].

En el asunto *Maaouia c. Francia*[984], el demandante, un ciudadano de Túnez, ingresó a Francia de manera irregular en 1980. En 1988 fue sentenciado a 6 años de prisión por los delitos de robo y asalto, para más tarde ser puesto en libertad en 1990. En el año 1992, contrajo matrimonio con una persona de nacionalidad francesa y, mientras se encontraba regularizando su situación, fue notificado de una expulsión como consecuencia del delito cometido. En 1994 anuló la orden de expulsión y en 1998 la orden de proscripción. El demandante señaló que el procedimiento de anulación no respetaba el plazo razonable señalado en el art. 6 de la CEDH.

El TEDH desestimó la demanda, alegando que el art. 6.1 no protegía los procedimientos de expulsión de extranjeros. El tribunal consideró que la existencia del art. 1 del Protocolo 7, ratificado por Francia, contiene garantías específicas relativas a los procedimientos para la expulsión de extranjeros, por lo que los Estados contratantes, al adoptar el convenio, insinuaron claramente su intención de no incluir tales procedimientos dentro del alcance del artículo 6.1 de la CEDH (párr. 37).

El derecho de la asistencia libre a un intérprete no puede ser alegado en casos de inmigración bajo la protección del art. 6 CEDH; por lo tanto, no es aplicable a los procesos de inmigración. De acuerdo con el tribunal, el derecho a un intérprete, en estos casos de expulsión, no es una garantía fundamental de la persona. Se procurará la asistencia de interpretación letrada, cuando permita al demandado tener conocimiento de

[983] BOZA MARTÍNEZ, D., "*Procedural*…", op. cit., p. 119.
[984] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 39652/98, Caso Maaouia contra Francia, de 5 de octubre de 2000.

la causa contra él y defenderse notablemente, pudiendo exponer ante el tribunal su versión de los hechos[985].

El concepto del juicio justo ha sido definido por el TEDH como "la capacidad de las partes de explicar sus posiciones y entender el procedimiento", sin perjuicio que este derecho a un intérprete solo puede solicitarse en casos civiles (de derechos civiles y obligaciones) de acuerdo con el art. 6 CEDH. En el caso del art. 6.3 letra e), no se requiere una traducción oficial del documento o parte de la evidencia[986].

Por último, en relación al derecho al recurso efectivo establecido en el art. 13 CEDH, es importante comprender que esta norma es complementaria. Esto significa que, para poder reclamar su vulneración, tiene que ir en conjunto con otro artículo de la convención[987].

7. La Carta Social Europea

La Carta Social Europea nace como un instrumento de refuerzo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, incorporando derechos sociales y económicos, toda vez que la CEDH solo reconocía derechos civiles y políticos. La Carta Social Europea entró en vigor el 26 de febrero de 1965; en 1996 se realizó una revisión de la misma, ampliando los derechos reconocidos en la original, entrada en vigor el 1 de junio de 1999[988].

La carta contempla su propio mecanismo de vigilancia y cumplimiento a través del Comité Europeo de Derechos Sociales, formado por 15 miembros independientes e imparciales del Consejo de Europa, los cuales son seleccionados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Este no es un sistema jurisdiccional. No existe un tribunal ante el cual presentar reclamaciones individuales.

[985] Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 9783/82, Caso Kamasinski contra Austria, de 19 de diciembre de 1989.
[986] BOZA MARTÍNEZ, D., "*Procedural*…", op. cit., p. 124.
[987] Ibidem, p. 125.
[988] España ratificó la Carta Social Europea en mayo de 1980 y la firmó, renovada, en octubre del año 2000.

7.1. Mecanismos de control de la Carta Social Europea

La Carta Social Europea contempla dos mecanismos de control: uno basado en informes y el otro sobre reclamaciones colectivas.

El primero es el sistema de informes. Los "informes nacionales de los Estados", que son el mecanismo de control utilizado para aplicar la carta revisada, son un mecanismo creado y fortalecido por el Protocolo de Turín en 1991[989]. Los Estados partes emiten un informe anual en el que describen cómo implementan la carta en la ley y en la práctica. Algunas de las disposiciones de la carta se mencionan en cada informe. El comité analiza los informes y determina si la situación en los países mencionados está en línea con la carta. Cada año, las conclusiones de sus decisiones se publican. En caso de que un Estado no tome medidas con respecto a una decisión del Comité y, por lo tanto, no cumpla con la carta, el Comité de Ministros le recomienda que modifique la situación en la práctica y/o la legislación.

Un Comité Gubernamental, compuesto por representantes de los gobiernos de los Estados que forman parte de la carta, acompañados por observadores de sindicatos y organizaciones de empleadores europeos, prepara el trabajo del Comité de Ministros.

El segundo mecanismo es a través del sistema de reclamaciones colectivas que permite a los actores sociales, incluyendo a los sindicatos y a las ONG, presentar sus quejas o requerimientos ante el Comité Europeo de Derechos Sociales. Este procedimiento se encuentra recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 1995.

Las organizaciones autorizadas a presentar reclamaciones[990] al comité son:

---

[989] COUNCIL OF EUROPE. *European Social Charter*. Collected texts. Estraburgo: Council of Europe, 2015.

[990] La reclamación debe contener la siguiente información: a. el nombre y los datos de contacto de la organización que presenta la reclamación; b. una prueba de que la persona que presenta y firma la queja está autorizada a representar a la organización que presenta la reclamación; c. el Estado contra el que se dirige la reclamación; d. una indicación de las disposiciones de la Carta presuntamente vulneradas; e. el objeto de la reclamación, es decir, el punto o los puntos con respecto a los cuales el Estado en cuestión ha incumplido presuntamente las disposiciones de la Carta, junto con los argumentos pertinentes y documentos de apoyo. La reclamación debe redactarse en inglés o francés, en el caso de las organizaciones pertenecientes a las categorías 1 o 2 arriba mencionadas. En el caso de las demás categorías (3 y 4), puede redactarse en la lengua oficial, o en una de las lenguas oficiales del Estado en cuestión.

- La Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y Empleadores de Europa (UNICE) y la Organización Internacional de Empleadores (OIE).
- Las organizaciones no gubernamentales (ONG) con estatuto consultativo en el Consejo de Europa y que figuran en una lista elaborada a tales efectos por el Comité Gubernamental.
- Las organizaciones de empleadores y sindicatos del país en cuestión.
- En los Estados que lo hayan aceptado expresamente: las ONG nacionales.

Si se han cumplido los requisitos formales, la reclamación es admitida por el comité. Se inicia un proceso escrito, en el que las partes discuten sus puntos de vista una vez que la reclamación ha sido aceptada. Una audiencia pública puede ser considerada oportuna por el comité. Si se han cumplido los requisitos formales, la reclamación es admitida por el comité.

En los cuatro meses inmediatamente posteriores a su envío, el comité toma una decisión sobre el fondo de la reclamación y la envía en un informe a las partes interesadas y al Comité de Ministros. Finalmente, el Comité de Ministros toma una decisión. Puede sugerir que el Estado en cuestión tome medidas particulares para una aplicación adecuada de la carta si lo considera adecuado.

7.2. Los derechos económicos y sociales reconocidos en la Carta Social Europea Revisada respecto a las personas extranjeras

La Carta Social Europea Revisada (en adelante CSER) es el tratado internacional más completo y desarrollado en materia de derechos laborales y sociales. Los derechos fundamentales establecidos en la carta pueden agruparse en: vivienda, salud, educación, empleo (libertad de trabajo, condiciones justas de trabajo y derechos colectivos), protección legal y social, movimientos de personas y no discriminación.

La carta reconoce a todas las personas la titularidad y ejercicio de los derechos en ella y, en algunos derechos específicos a los trabajadores, empleadores, niños y adolescentes, así como a grupos de personas como la familia.

En su parte I, establece que los nacionales de cada una de las partes tienen derecho a ejercer, en el territorio de otra parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, sin perjuicio de las restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico o social. Respecto a los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las partes y sus familias, reconoce el derecho a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquiera otra parte. La Parte I de la carta es considerada una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar, por todos los medios adecuados, conforme a lo dispuesto en el párrafo de introducción de dicha arte. (Parte III, art. A.1.a)

Este reconocimiento queda de manifiesto en el art. 18 relativo al derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorito de otras partes, específicamente en el caso de trabajadores extranjeros, respecto de los cuales los Estados partes se comprometen a simplificar las formalidades vigentes y a reducir o suprimir los derechos de cancillería y otras tasas que deban ser pagadas por los trabajadores extranjeros empleadores; así como a liberalizar, individual o colectivamente, las normas que regulan y reconocen el empleo de trabajadores extranjeros.

La Carta Social Europea desarrolla, en su art. 19, el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia, en que los Estados partes se comprometen a:

1. A mantener o a cerciorarse de que existen servicios gratuitos adecuados para ayudar a estos trabajadores, y particularmente para suministrarles informaciones exactas, y adoptar las medidas oportunas en tanto que lo permitan las leyes y reglamentos nacionales, contra toda propaganda engañosa sobre emigración e inmigración;
2. A adoptar, dentro de los límites de su jurisdicción, medidas apropiadas para facilitar la salida, el viaje y la acogida de estos trabajadores y sus familias, y a proporcionarles durante el viaje, dentro de los límites de su jurisdicción, los servicios sanitarios y médicos necesarios, así como unas buenas condiciones de higiene;
3. A promover la colaboración, requerida en cada caso, entre los servicios sociales, públicos o privados, de los países de emigración e inmigración;
4. A garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por leyes o reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber:

a. remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo;

b. Afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos;

c. Alojamiento;

5. A garantizar a esos trabajadores, cuando se encuentren legalmente dentro de su territorio, un trato no menos favorable que el que reciben sus propios nacionales en lo concerniente a impuestos, tasas y contribuciones relativos al trabajo, a cargo del trabajador;

6. A facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio;

7. A garantizar a dichos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo relativo a las acciones procesales sobre las cuestiones mencionadas en el presente artículo;

8. A garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territorio, que no podrán ser expulsados, excepto si amenazan la seguridad del Estado o atentan contra el orden público o las buenas costumbres;

9. A permitir, dentro de los límites fijados por las leyes, la transferencia de cualquier parte de las ganancias o ahorros de tales trabajadores migrantes que estos deseen transferir;

10. A extender las medidas de protección y asistencia previstas en el presente artículo a los trabajadores migrantes que trabajen por cuenta propia, en tanto que las mismas les sean aplicables;

11. A promover y facilitar la enseñanza de la lengua nacional del Estado de acogida o, en caso de existir varias, de una de ellas a los trabajadores migrantes y a los miembros de su familia;

12. A promover y facilitar, en tanto que sea posible, la enseñanza de la lengua materna del trabajador migrante a los hijos de éste.

Sin embargo, esta extensa lista de derechos solo comprende a los extranjeros que, siendo nacionales de otras partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la parte interesada, entendiéndose que los artículos 12 párrafo 4 (prestaciones que existen independientemente de un sistema contributivo), articulo 13 párrafo 4 (convenio europeo de asistencia social y medica), articulo 17 (menores de 18 años) y artículos 20 al 31 (seguridad social), se interpretarán a la luz de las disposiciones

contenidas en los artículos 18 y 19. Esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las partes.

La carta permite suspender la obligación que tiene los Estados partes en caso de guerra o peligro público (artículo E) siempre y cuando las medidas adoptadas sean estrictamente proporcionales a la gravedad de la situación y no estar en contradicción con el resto de las obligaciones dimanantes del derecho internacional.

A su vez, los derechos no pueden ser restringidos o limitados salvo que se encuentre explícitamente indicado, respecto de los derechos y obligaciones establecidos, en las partes I y II de la carta y que estas restricciones o limitaciones sean necesarias para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros, proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres (artículo G).

Una vez revisado el Sistema Europeo de Derechos Humanos, se analizará la construcción de la titularidad y su ejercicio por parte de las personas extranjeras bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

II. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos nace en el seno de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el año 1948, durante la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, en la cual también se adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos que proclamó los "derechos fundamentales de la persona humana" como uno de los principios en que se funda la organización[991].

Sus principales órganos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La función principal de la CIDH es promover la observancia y la defensa de los derechos

[991] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "¿Qué es la CIDH?". En: *Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta 12 de marzo de 2023]. Disponible en https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/que.asp

humanos. La Corte IDH, de carácter jurisdiccional, se constituye como un tribunal internacional encargado de resolver los casos contenciosos sometidos a su conocimiento, supervisar el cumplimiento de sus sentencias, dictar medidas provisionales y ejercer su función consultiva.

La Convención Americana de Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", en honor a su lugar de celebración en 1978, es el principal instrumento de aplicación internacional en el SIDH.

El primer paso hacia la protección internacional de los derechos humanos fue la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Su génesis se remonta a 1945, durante la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, en Ciudad de México, donde se encargó la redacción de una Declaración de Derechos Humanos. En 1948, durante la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, se adoptó la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de carácter no vinculante. Posteriormente, se fue avanzando en la idea de crear una Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En 1959, en una reunión en Santiago de Chile, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargada inicialmente de promover los derechos humanos. Más tarde, en 1965, fue autorizada para examinar denuncias. En 1967, la reforma de la Carta de la OEA otorgó a la comisión la categoría de órgano oficial de la OEA y dispuso que una convención definiera su estructura y competencia.

Finalmente, en 1969, durante la Conferencia en San José, Costa Rica, se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, marcando un cambio hacia instrumentos jurídicos obligatorios. Con su entrada en vigor en 1978, se consolidó la estructura normativa del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. A partir de ese momento, cambió la naturaleza jurídica de los instrumentos en que descansaba la estructura institucional del sistema: pasando de realizarse sobre instrumentos de naturaleza declarativa a instrumentos que tendrán una base convencional y obligatoria[992].

[992] VENTURA ROBLES, Manuel. “El sistema Interamericano de protección de los derechos Humanos”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. 2014. N.° 14, p. 258.

A lo largo del tiempo, y con posterioridad a la CADH, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos ha ido desarrollando varios instrumentos internacionales respecto a materias más específicas. Por ejemplo, por iniciativa de Costa Rica, el 17 de noviembre de 1988, 13 Estados partes suscribieron en El Salvador, durante el XVIII Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales , denominado "Protocolo de San Salvador", el cual entró en vigor el 16 de noviembre de 1999[993] o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer en el año 1994, conocida como *Belem do Pará*.

Actualmente, el SIDH contempla los siguientes instrumentos internacionales[994]:

- Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención *Belem do Pará*".
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y las Formas Conexas de Intolerancia.
- Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Como se abordará más adelante, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos carece de instrumentos referidos de manera específica a la situación de migrantes, refugiados u otras personas en situación de movilidad, estableciendo únicamente algunas disposiciones

[993] Ídem.
[994] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Documentos básicos en el sistema interamericano". En: *Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta 12 de marzo de 2023]. Disponible https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

al respecto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por lo que la labor interpretativa de la corte y la comisión sobre el tema resulta especialmente relevante.[995]

1. El modelo jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos

A diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sede interamericana, solo los Estados partes y la CIDH tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para que la corte pueda conocer de los diferentes casos, es necesario que se hayan agotado previamente tanto los procedimientos internos de cada Estado parten como aquellos establecidos en la CIDH. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos considera una etapa previa de admisibilidad ante la CIDH como un requisito previo a la presentación de un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que conlleva procedimientos más lentos.

Esto procedimiento, al ser más lento y engorroso, se traduce, en la mayoría de los casos, en una jurisprudencia en materia de personas migrantes considerablemente menor que la desarrollada por su símil europeo.

1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano principal y autónomo de la Organización de Estado Americanos (OEA), cuyo mandato se encuentra en la Carta de la OEA[996] y en la CADH. Su función principal es promover la observancia y defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la organización en esta materia. (art. 106 Carta OEA)

[995] GONZÁLEZ MORALES, Felipe. "El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes, refugiados y otras personas en situación de movilidad", en *Anuario de Derecho Público*. 2017. N.° 1, p. 192. A dichos instrumentos cabe agregar la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, la cual, si bien no es estrictamente un instrumento de la Organización de Estados Americanos (OEA), fue endosada por la Asamblea General de esta, que llamó a los Estados a implementarla.

[996] La Carta de la Organización de los Estados Americanos es un tratado internacional que establece derechos y deberes para los Estados partes del territorio americano que ratifiquen la Carta, cuyo objeto es lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional.

La CIDH está compuesta de 7 miembros, a los cuales se les exige *ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos*. (art. 34 CADH)[997]

En el ejercicio de su mandato, en el que ha de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, la CIDH tiene las siguientes atribuciones, según el art. 41 de la CADH:

> *a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;*
> *b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;*
> *c) preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;*
> *d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;*
> *e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;*
> *f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y*
> *g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.*

---

[997] *Artículo 36 1. Los miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.*
2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente
Artículo 37 1. Los miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres miembros.
2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Estas funciones se traducen, principalmente, en recibir, analizar e investigar las peticiones individuales de alegaciones de los derechos humanos y, en caso de que estime pertinente, someterlas a conocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con la entrada en vigor de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se ratificó a nivel constitucional las funciones que le habían sido encomendadas desde su establecimiento, contemplando esta posibilidad de remisión a la Corte IDH[998].

Además, la Comisión Interamericana puede solicitar opiniones consultivas a la Corte IDH sobre aspectos relativos a la interpretación de la Convención Americana; visitas *in loco* a los países para la observancia de los derechos fundamentales de las personas; investigar una situación en particular, o requerir medidas cautelares a los Estados partes para evitar daños graves e irreparables, aun cuando el caso no haya sido sometido a conocimiento de la Corte IDH.

A partir del año 1990, la CIDH empezó a crear Relatorías Temáticas con el objeto de brindar atención a ciertos grupos, comunidades y pueblos que se encontraban especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y por la discriminación histórica de la cual habían sido objeto. La finalidad de crear una Relatoría Temática era fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos en temas específicos.

En el año 1996 se estableció la Relatoría sobre Desplazados Internos y la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias debido a la grave situación de quienes sufrían desplazamientos internos y las personas migrantes y sus familias en países de las Américas. [999]

Para abordar los múltiples desafíos que presenta la movilidad humana en la región; como migración, desplazamiento forzado o internacional, la CIDH modificó el mandato de la Relatoría en 2012. El respeto y la protección de los derechos de las personas

[998] GONZÁLEZ MORALES, Felipe. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y desafíos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 40.
[999] Véase, *Relatoría sobre Movilidad Humana* [en línea] [Fecha de la consulta: 22 de marzo de 2023]. Disponible: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/DM/default.asp

migrantes y sus familias —ya sean solicitantes de asilo, personas refugiadas, apátridas, desplazadas internamente, víctimas de trata de personas o pertenezcan a otros grupos de riesgo en el marco de la movilidad humana— son los objetivos del nuevo mandato.

En los últimos años, la CIDH ha decidido modificar el nombre de la Relatoría, que pasó a denominarse Relatoría sobre Movilidad Humana, para reforzar el alcance amplio de su mandato.

1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH, como tribunal interamericano, cumple dos funciones fundamentales. La primera, de carácter contenciosa, permite al tribunal conocer de situaciones particulares en los casos en los que se aleguen violaciones de los derechos humanos establecidos en la CADH.

Su segunda función es de tipo consultiva. La Corte IDH puede emitir opiniones consultivas acerca de la interpretación de la CADH, así como de otros tratados relativos a la protección de derechos humanos de los Estados de la OEA. (Art. 64.1 de la CADH). Es decir, su función es responder a dudas sobre determinados derechos de la CADH y a situaciones de la CADH que son necesarias para formar una interpretación de la convención, realizada por el órgano jurisdiccional que la dispone. Solo los Estados que han aceptado o ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen acceso a la función jurisdiccional.[1000] La función consultiva está abierta a todos los Estados Miembros de la OEA y a los órganos principales de la misma: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Asamblea General, el Consejo Permanente, la Comisión Interamericana de Mujeres, etc.[1001]

La Convención Americana también contempla que la Corte Interamericana pueda adoptar medidas provisionales en situaciones de extrema gravedad y urgencia, cuando ello resulte necesario para evitar daños irreparables a las personas, tal como lo dispone su art. 63.2:

[1000] Los primeros casos contenciosos fueron sometidos a la Corte en 1986. Anteriormente sólo se habían presentado solicitudes de medidas previsionales.
[1001] VENTURA ROBLES, Manuel. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente". En: VENTURA ROBLES, Manuel y CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: ACNUR, 2003, pp. 123 y ss.

> *En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.*

Las medidas provisionales son dictadas por la Corte IDH para proteger derechos fundamentales: derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a la libertad personal. En estos casos, la comisión debe demostrar que hay extrema gravedad y urgencia, además de que el daño es irreparable y que existe, *prima facie*, un caso. La CIDH debe demostrar estos elementos en la petición ante la Corte IDH para que proceda la medida provisional[1002].

La Convención Interamericana contempla dos vías de acceso a la jurisdicción de la corte: que la demanda sea presentada por la CIDH o por un Estado. No prevé la posibilidad de que las presuntas víctimas recurran directamente al Tribunal Americano, además de exigir el requisito de agotamiento de los recursos internos de cada Estado parte. (art. 61 CADH).

2. El *corpus iuris* interamericano

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos no solo se fundamenta en el Pacto de San José de Costa Rica, como instrumento principal, sino que considera, dentro de su normativa aplicable otros tratados internacionales, tanto del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos como de otros sistemas regionales de protección de derechos humanos.

Esto es lo que se ha llamado "el *corpus iuris* internacional" del SIDH, definido en la Opinión Cultiva 16/99 de la Corte Interamericana sobre el Derecho a la Información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso en su párrafo 115:

> *El corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos*

[1002] Ibidem, p. 155.

variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

Tal como lo señalaba el juez Antônio Augusto Cançado Trindade en su voto concurrente a esta opinión consultiva, "la propia emergencia y consolidación del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se deben a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección"[1003].

De esta forma, la Corte IDH se nutre del análisis de las disposiciones de la CADH a través del dialogo multinivel con el Sistema Universal de Derechos Humanos, con especial consideración a los sistemas de protección de derechos europeos y africano[1004].

En materia contenciosa, la Corte IDH reconoció la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al *corpus iuris* interamericano en el caso *Gelman vs. Uruguay*[1005]. En este caso, relativo a la responsabilidad del Estado uruguayo en la desaparición forzada de Claudia García Iruretagoyena de Gelman, así como de la

[1003] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 16/99 sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, de 01 de octubre de 1999. P. 2 de voto concurrente.
[1004] FERRER MAC GREGOR, E., "*50 años*…", op. cit., p. 55.
[1005] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humano Serie C N.° 221, Caso Gelman versus Uruguay, de 24 de febrero de 2011. El caso se originó el 27 de junio de 1973 con un golpe de Estado en Uruguay, que duró hasta el 28 de febrero de 1985. Durante este periodo, se implementó la "Operación Cóndor", una represión coordinada entre dictaduras de varios países sudamericanos. En este contexto, María Claudia García, embarazada, fue detenida en Buenos Aires en agosto de 1976 junto a su esposo Marcelo Gelman. Ambos fueron llevados a un centro de detención clandestino, donde Marcelo fue torturado y ejecutado, mientras María Claudia fue trasladada a Montevideo, donde dio a luz a una hija que le fue sustraída. La bebé fue adoptada por una familia uruguaya. En 2000, tras una prueba de ADN, se confirmó que María Macarena Tauriño era la hija de María Claudia y Marcelo Gelman. Los crímenes nunca fueron investigados en Uruguay debido a la Ley de Caducidad de 1986, que otorgaba amnistía a los delitos cometidos durante la dictadura.

supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García bajo el marco de las dictaduras latinoamericanas, la corte señaló expresamente que:

> "Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y, en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 193)".

Po otro lado, en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*[1006], la Corte IDH recurrió a la Convención Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos para reconocer la existencia de un derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, respecto a los art. 17.2 y 17.3 de la carta africana, en casos relativos a minorías, sobre el derecho a la identidad cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios. (párr. 216)

2.1. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Paralelamente a la creación de la OEA, también en la IX Conferencia Internacional Americana, por Resolución XXX, en Bogotá en marzo de 1948, los Estados adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, considerando que los pueblos de esta región han dignificado la persona humana y sus constituciones nacionales

[1006] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 245, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku versus. Ecuador, de 27 de junio de 2012. El caso involucra al pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, en la provincia de Pastaza, Ecuador, que subsiste de la agricultura, caza y pesca en su territorio ancestral. En 1996, se firmó un contrato entre el Estado ecuatoriano y un consorcio petrolero para la exploración y explotación de petróleo en la región, afectando territorios habitados por comunidades indígenas, incluido Sarayaku. A pesar de varios intentos, la empresa no obtuvo el consentimiento del pueblo. En 2002, Sarayaku rechazó formalmente la incursión petrolera y, tras la reactivación de las actividades, la comunidad resistió, denunciando destrucción ambiental y amenazas. Finalmente, en 2010, el contrato fue rescindido, pero Sarayaku no fue informado de los términos de esa negociación.

están orientados a la protección de los derechos básicos del hombre a través de garantías.[1007]

La Declaración Americana surge como una manifestación de una sociedad moderna ante una comunidad global que reconoce un conjunto de derechos fundamentales e imprescriptibles que el Estado es responsable de respetar. La DADDH es el primer catálogo internacional en el mundo que recoge derechos y obligaciones, estableciendo así un catálogo de derechos humanos, pero también de obligaciones. Precede en más de seis meses a la DUDH.[1008]

La DADDH no nace como un tratado propiamente tal, como lo recoge la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, sino que es una declaración expresa de buenas intenciones de los Estados americanos, por lo que no tiene carácter vinculante. En su preámbulo señala expresamente que *todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros*.

Cuenta con dos capítulos, el primero compuesto por veintiocho artículos, en el que reconoce derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales; particularmente el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, el derecho de igualdad ante la ley, el derecho de protección a la maternidad y a la infancia, el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, el derecho a la educación, el derecho a los beneficios de la cultura, el derecho al trabajo y a una justa retribución, el derecho al descanso y a su aprovechamiento, etc. El segundo cuenta con diez artículos en los que reconoce los deberes de las personas ante la sociedad, para con los hijos y los padres, deberes de instrucción, deber de sufragio, deber de obediencia a la ley, deber de servir a la comunidad y a la nación, deber de pagar impuestos, deberes de asistencia y seguridad sociales, deber de trabajo, etc.[1009]

[1007] QUISPE REMÓN, Florabel. "La importancia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Sistema Interamericano y la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana", en *Revista Electrónica Iberoamericana*. 2019. Vol. 13, p. 4.
[1008] SAIZ ARNAIZ, Alejandro. "Los orígenes del Sistema interamericano de Derechos Humanos". En: SAIZ ARANIZ, Alejando (dir.). *En Impacto y desafíos a medio siglo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, p. 20.
[1009] QUISPE, F, op. cit., p. 6.

El texto de la DADDH se basa en tres fundamentos: la subsidiaridad, la universalidad y el gradualismo[1010]. La subsidiariedad se deriva de una doble fuente, a saber, de la reivindicación de las Constituciones nacionales, de las que se dice "reconocen que las instituciones jurídicas y políticas tienen, como fin principal, la protección de los derechos esenciales del hombre, así como la afirmación según la cual el sistema inicial de protección se construye a partir de la consagración americana de los derechos esenciales del hombre, unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados"[1011].

Por su parte, la universalidad se deriva de que lo derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, como lo establece expresamente su preámbulo. La DADDH reconoce una titularidad genérica a todas las personas sin distinción alguna, al utilizar el vocablo "todas las personas" a lo largo de su articulado.

Por último, el gradualismo se expresa en el reconocimiento de que el sistema inicial de protección, basado en una declaración no exigible, es el adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas; si bien asume su progresivo fortalecimiento en el campo internacional a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias.[1012]

Las posiciones sobre el valor jurídico de la Declaración Americana en sus orígenes son unánimes. Esta nació como una simple resolución no vinculante, pero con el tiempo se convirtió en la carta magna del sistema interamericano y, a la vez, en un manifiesto político y un instrumento normativo[1013].

El único artículo que hace referencia a las personas extranjeras es respecto al reconocimiento al derecho de asilo en su artículo XXVII, al señalar que *toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.*

[1010] SAIZ ARNAIZ, A., "*Los orígenes*…", op. cit., p. 19.
[1011] Ídem.
[1012] Ídem.
[1013] QUISPE, F., op. cit., p. 8.

En el caso de los deberes, el artículo XXXVIII establece el deber de abstenerse de actividades políticas en país extranjero, señalando específicamente que *toda persona tiene el deber de no intervenir en las actividades políticas que de conformidad con la Ley, sean privativas de los ciudadanos del Estado en que sea extranjero.*

La Corte IDH manifestó expresamente en su Opinión Consultiva 10/89 sobre "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"[1014] su competencia para pronunciarse sobre la Declaración Americana y su valor jurídico, señalando en su párrafo 44:

> " Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, esta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos".

La Corte Interamericana, en esta opinión consultiva, recordó que la Declaración Americana se basa en la idea de que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución. Destaca que este derecho americano, como es lógico, ha evolucionado desde 1948 hasta la actualidad "y la protección internacional, subsidiaria y complementaria de la nacional, se ha estructurado e integrado con nuevos instrumentos"[1015].

2.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Como se indicó al comienzo de este apartado, la Convención Americana nace en 1969 durante la Conferencia en San José, Costa Rica. En su preámbulo, la CADH reconoce que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un

[1014] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 10/89 sobre Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 14 de julio de 1989.
[1015] QUISPE, F., op. cit., p. 15.

determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"[1016].

La CADH se refiere casi exclusivamente a derechos civiles y políticos. La referencia a los derechos económicos, sociales y culturales es mínima. Sólo se mencionan en dos disposiciones: en el artículo 26 relativo al capítulo II sobre derechos económicos, sociales y culturales[1017] y en el artículo 42 (envío de informes y estudios a la comisión)[1018], sin que se contemple, en forma expresa, la posibilidad de iniciar casos específicos en relación a estos derechos.[1019]

La Convención Americana consagra, en su primer artículo, la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En su artículo 2 establece la obligación de los Estados partes de adoptar disposiciones de derecho interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, y medidas legislativas o de otro carácter, si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviese ya garantizado por disposiciones

[1016] Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada por la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos CIDH (B-32), de 22 de noviembre de 1969.
[1017] Articulo 26 CADH. *Desarrollo progresivo. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*
[1018] Artículo 42 CADH. *Los Estados partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.*
[1019] GONZÁLEZ, F., "*Sistema*…", op. cit., p. 38.

legislativas o de otro carácter.

En su segunda parte, la convención establece los siguientes derechos y libertades: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y la servidumbre; derecho a la libertad personal; principio de legalidad y retroactividad; derecho a la indemnización; protección de la honra y de la dignidad; libertad de conciencia y de religión; libertad de pensamiento y de expresión; derecho de rectificación o respuesta; derecho de reunión; libertad de asociación; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derecho a la propiedad privada; derecho de circulación y residencia; derechos políticos; igualdad ante la ley; protección judicial y desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales[1020].

La Convención Americana reconoce una titularidad genérica de «toda persona»: «nadie» sin distinción alguna; para lo cual se refiere en sus derechos a «todas las personas». Cabe recordar que la CADH, cuando habla de «persona», se refiere a «personas humanas». Cuando establece una titularidad específica, señala expresamente al sujeto titular de ese derecho: como en el caso de menores de edad, procesados, mujeres, entre otros; por lo general, vinculados a una situación especial de vulnerabilidad en la cual requieren mayor grado de protección.

En su artículo 22 establece el derecho de circulación y residencia a toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado. Esto significa el derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

Este derecho puede ser restringido solamente en virtud de una ley; siempre que sea indispensable en una sociedad democrática para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás o en zonas determinadas por razones de interés público.

[1020] Véase *Corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea] [Fecha de la consulta: 22 de marzo de 2023]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm

En el caso de la expulsión respecto de extranjeros que se hallen legamente en el territorio de un Estado parte en la presente convención, solo podrá concretarse la expulsión en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley prohibiendo, por ende, la expulsión de los nacionales del mismo Estado.

Al igual que en el CEDH, se encuentra prohibida la expulsión colectiva de extranjeros. Pero, a diferencia de lo establecido en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la prohibición de expulsar o devolver extranjeros a otro país (sea o no de origen) donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas, se encuentra expresamente establecida en la Convención Americana en su art. 22.8.

Como se examinará más adelante, la única excepción a la configuración de la titularidad genérica de la CADH se encuentra en su artículo 23 sobre derechos políticos, al reconocer estos a los ciudadanos, entendiendo que la doctrina en la materia tiende a vincular la ciudadanía con la nacionalidad. En otras palabras: para poder ser ciudadano se requiere ser nacional del Estado en que se encuentre.

Además, la CADH contempla la posibilidad de suspender estos derechos en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, pudiendo adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (art. 27.1).

Sin embargo, nunca podrán suspenderse los derechos relativos “3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9) Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión);17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20) Derecho a la Nacionalidad); 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. (art. 27.2)

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. (art. 30 CADH)

2.3. El protocolo sobre derechos económicos, sociales y culturales

El protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o "Protocolo de San Salvador", fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

En su preámbulo señala "la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".

El protocolo contiene una lista de los derechos económicos, sociales y culturales, reproduciendo en gran medida los derechos consagrados en el PIDESC, pero incluye además el derecho a vivir en un medioambiente sano en su artículo 11[1021].

El mismo protocolo señala que, si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que estos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar, en América, el régimen democrático representativo de gobierno, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales.

Cabe destacar la prohibición de restricción de estos derechos que consagra el art. 4 del Protocolo, estableciendo que "*no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los*

[1021] GONZÁLEZ, F., "*Sistema*…", op. cit., p. 54.

derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado".

Asimismo, en términos del alcance de las restricciones y limitaciones, el art. 5 indica que "*Los Estados solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos ".*

A efectos de establecer medios de protección, el Protocolo crea un mecanismo de informes específicamente concernientes con los DESC en el art. 19.1 del Protocolo¨ Estos informes son presentados ante el secretario general de la OEA, quien los remite al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, Ciencia y Cultura para su respectiva revisión; enviando, además, copias de dichos informes a la CIDH[1022]. El Protocolo también reconoce expresamente la facultad de la CIDH de formular observaciones y recomendaciones acerca de estos derechos a los Estados partes.

Sin embargo, solo se pueden presentar denuncias ante la CIDH por violaciones de los derechos establecidos en el Protocolo en relación con el derecho de educación y la sindicación. La Comisión Interamericana había considerado históricamente el derecho de sindicación como parte del derecho reconocido en la CADH en relación al derecho de asociación.[1023] Esto limita mucho el reconocimiento y protección de los DESC frente a las vulneraciones de los Estados partes, toda vez que la Corte IDH no puede pronunciarse respecto a otros derechos sociales que los ya señalados.

2.4. Otros instrumentos internacionales del SIDH

El segundo protocolo, titulado Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, fue suscrito el 8 de junio de 1990, señalando expresamente en su artículo 1 que *Los Estados Partes en el presente Protocolo*

[1022] Ídem.
[1023] Ibidem, p. 55.

no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción. Además, no se admitirá ningún tipo de reserva respecto a este protocolo, salvo que, en el momento de la ratificación o adhesión, los Estados partes en este instrumento podrán declarar que se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempos de guerra conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar.

Este protocolo viene a reforzar lo planteado en la Convención Americana, proscribiendo la adopción futura de esta pena mientras se halle en vigor la CADH[1024].

Otro de los instrumentos relevantes del SIDH es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como "Convención de Belém do Pará"; celebrada el 9 de junio de 199, en la ciudad de Belem do Pará, Brasil. Este fue el primer tratado internacional de mundo en abordar específicamente la temática de los derechos humanos de las mujeres y la violencia que sufren, consagrando *el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como el privado* (art. 3 Convención Belem do Pará).

Esta convención reconoce a la mujer migrante como sujeto titular de derechos, pero también reconoce que merece especial protección en atención a su vulnerabilidad. Esto se constata en su artículo 9, al establecer que *para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.*

Otro instrumento para revisar del SIDH es la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, aprobada el 6 de mayo de 2013 en Antigua, Guatemala. En este instrumento se reconoce como víctimas de discriminación e

[1024] GARCÍA RAMIREZ, Sergio. "La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", e*n Boletín mexicano de derecho comparado*. 2005. Vol. 38, n.° 114, p. 1045.

intolerancia, en las Américas, a los migrantes, a los refugiados y desplazados y sus familiares, así como a otros grupos y minorías sexuales, culturales, religiosas y lingüísticas afectados por tales manifestaciones.

Además, como señala su preámbulo, "estas personas grupos son objeto de formas múltiples o agravadas de discriminación e intolerancia motivadas por una combinación de factores como sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, discapacidad, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social, así como otros reconocidos en instrumentos internacionales".

Esta convención establece una definición de discriminación; así como los motivos respecto de los cuales es posible basar una discriminación, dentro de los cuales se encuentra la condición migratoria de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, así como otras formas de discriminación como indirecta o múltiple o agravada.

3. Referencias en torno a la universalidad y aplicación territorial de la CADH

Desde una concepción clásica de la construcción de los derechos humanos y los tratados internacionales que los reconocen, la CADH fundamenta su sistema de derechos basado en el carácter universal de los derechos, como se abordó en el capítulo III.

Sin embargo, el autor Felipe González Morales considera que el SIDH carece en si de una universalidad efectiva en cuanto a su sistema de protección de derechos, especialmente por la falta de incorporación y ratificación de países como Estados Unidos, Canadá y algunos países angloparlantes del Caribe.

Para el ex comisionado, "aun cuando por el solo de hecho de ingresar a la OEA se aplica a los Estados la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y adquiere competencia a su respecto la CIDH, es evidente que se alcanza un estatuto pleno solo una vez que se ratifica la CADH. De allí que en contexto del Sistema Interamericano se hable

de una ‘falta de universalidad del mismo para referirse a la mencionada carencia. Se trata de una carencia que ha sido reconocida en todos los niveles de la OEA”[1025].

La falta de universalidad del SIDH produce impactos negativos. En primer lugar, respecto de los Estados que no han adherido en plenitud al sistema, al verse limitado el alcance que puede tener la CADH en ello. En segundo lugar, respecto de aquellos países que si son parte de la convención, se suele hacer referencia a una situación discriminatoria respecto de ellos alegando incluso este pretexto como excusa para su incumplimiento.

La CADH extiende la titularidad de derechos a la persona que esté legalmente en el territorio de un Estado. Su bien este reconocimiento de titularidad se encuentra limitado por las regulaciones internas de los países de destino, pareciera ser más una titularidad aparente que universal, en tanto reconoce la legalidad de las restricciones a la libertad de circulación en vinculación a los principios de legalidad y necesidad de control fronterizo de los Estados.

Esto se desprende del art. 22.1 de la CADH, al señalar que *toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.*

Algunos autores hablan de una “titularidad intermedia” pues, en ciertos casos, las garantías previstas para un no nacional dependerán de la situación administrativa en el país en que se encuentre, es decir, de regularidad o irregularidad [1026].

Es decir, el alcance de protección de la CADH no está sujeto a la nacionalidad de las personas ni a su estatus de residente legal en un Estado parte de la convención, sino que la sola presencia de las personas dentro de un territorio que haya aceptado la competencia de la Corte IDH resulta suficiente, a grandes rasgos, para invocar la protección de los derechos reconocidos en dicho instrumento internacional.

Sin embargo, en casos específicos, como los relativos a la protección ambiental y sus habitantes, la Corte IDH ha extendido su jurisdicción para proteger los derechos

[1025] Ibidem, p. 231.
[1026] Ídem, p. 548.

reconocidos en ella vinculados a esta situación. Tal es el caso propuesto por el Estado colombiano en su solicitud de opinión consultiva ante la Corte IDH el 14 de marzo de 2016, relativa a la interpretación de los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en sus comentarios del 19 de enero de 2017, en la región creada mediante el Convenio de Cartagena, denominada "Región del Gran Caribe". Si bien este caso dice relación con una zona geográfica en que un Estado no tiene soberanía, la corte señala que la CADH es apta para ser aplicada.

Cabe recordar que la Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* señaló que la cláusula de jurisdicción del artículo 1.1 CADH "es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma convención". (párr. 164)

La intención de los Estados de alejarse de una perspectiva basada en consideraciones exclusivamente territoriales se evidencia en los términos en los cuales se aprobó esta cláusula.

4. Normas y reglas de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Corte IDH ha establecido sus criterios de interpretación de la CADH, permitiendo ampliar el ámbito de protección de la corte no solo a la CADH, sino a otros instrumentos internacionales universales (como la DUDH o el PIDCP), así como a normas y jurisprudencias de otros sistemas regionales, creando un *corpus iuris* más robusto y completo que el aplicado en otros tribunales internacionales.

Como ha señalado el expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el señor Héctor Gross Espiell, "los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa corresponden a

una competencia atribuida expresamente por la CADH, por lo que no es una 'interpretación auténtica' del derecho internacional que señala que la interpretación auténtica es aquella dada directamente por las partes en el tratado. Sin embargo, es obligatoria para las partes cuando la corte ejerce su competencia contenciosa."[1027]

La Corte ha señalado que su interpretación no es obligatoria *per se,* sin perjuicio de la importancia y de la proyección política y jurídica, que tiene una opinión emitida por la Corte IDH a pedido de unos o varios Estados miembros de la OEA o de un órgano del SIDH.[1028]

Así, el art. 29 de la CADH establece las normas de interpretación, señalando que:

> *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*
>
> *a) Admitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
>
> *b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que se aparte uno de dichos Estados;*
>
> *c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y*
>
> *d) Excluir o limitar el efecto que puede producir la declaración americana de derechos y deberes del hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

Los criterios interpretativos establecidos incluyen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los derechos internos de los Estados partes, la forma de gobierno democrática y representativa y otros actos internacionales similares. La

[1027] GROS ESPIELL, Héctor. *Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa* [en línea]. Corte IDH, s/f. [Fecha de la consulta: 22 de marzo de 2023]. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/22883.pdf
[1028] Ibidem, p. 5.

interpretación de cada uno de estos debe ser tal que no restrinja ni limite los derechos y garantías que la Convención Americana reconoce [1029].

La interpretación de los tratados internacionales se encuentra regulada tanto a través de normas consuetudinarias como de normas convencionales; particularmente a través de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados de 1969. Los artículos 31 y 32 de dicho instrumento establecen los medios de interpretación aplicables a los tratados internacionales. Los tratados de derechos humanos, como la CADH, responden a las características de un tratado tal como está definido en el artículo 2.1 de la Convención de Viena, por lo que los mencionados artículos son aplicables para interpretación la Convención Americana[1030].

Los otros instrumentos regionales de protección de derechos, como el europeo o el africano, así como los pactos de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales, no contienen normas específicas sobre cómo deben interpretarse sus normas. La CADH, inspirada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, creó un artículo que refiere a una *lex specialis* en materia de interpretación. Su alcance ha sido construido por la Corte IDH, pues en las Actas de Elaboración de la Convención Americana de Derechos Humanos se demuestra que no hubo un particular interés por parte de los representantes de los Estados en ocuparse de ese artículo[1031].

El artículo 29 de la CADH no es una regla de interpretación de tratados. Es decir, no compite, ni substituye, ni pretende superar la regla de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es una disposición aplicable, exclusivamente, a la interpretación de disposiciones de la Convención Americana en relación con el disfrute

[1029] COMUNE, Josefina y LUTERSTEIN, Natalia. "Artículo 29. Normas de interpretación" En: ALONSO REGUEIRA, Enrique (director) *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 2013, p. 522.
[1030] Ibidem, p. 520
[1031] ESTRADA ADÁN, Guillermo. *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional*. México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, p. 43. Cfr. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Actas y documentos de la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, del 9 al 22 de noviembre de 1969* [en línea]. Organización de Estados Americanos. 1969. [Fecha de la consulta_ 22 de marzo de 2023]. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/actas-conferencia-interamericana-derechos-humanos-1969.pdf. Sí puede observarse que hacían referencia, sobre todo, al régimen de reservas (que finalmente quedó en el artículo 75 de la Convención Americana) y a la naciente Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Dicho de paso, el jefe de la misión mexicana era el profesor Antonio Martínez Báez.

de derechos y libertades establecidos en ella misma, en leyes internas, en otros acuerdos internacionales de los que un Estado sea parte, en la Declaración Americana, en otros instrumentos de igual naturaleza, o de los derechos que sean inherentes al ser humano[1032].

Los principios interpretativos que ha desarrollado la Corte han sido el principio *pro homine*, establecido en su OC 5/1985, indicando que si una misma norma le es aplicable a la convención y a otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. En consecuencia, cuando se interpreta la convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela los derechos protegidos por dicho tratado o la que prevé la restricción menor[1033].

Otro principio conocido es el concepto de interpretación dinámica de la CADH. Es decir, que el instrumento no puede analizarse a la luz de su significado establecido al momento de su celebración en el año 1948, sino que debe considerar la evolución alcanzada desde su adopción hasta el momento actual en que se interpreta la norma.

Por último, la corte ha desarrollado el criterio de interpretación integral de los derechos humanos, entre los distintos instrumentos internacionales de protección internacional de los derechos de la persona humana, sobre la base de lo establecido en el artículo 29 de la CADH. Esto significa que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, que sean pertinentes para el caso concreto de los que sean parte (aun aquellos que no existan en el momento de la adopción de la convención), deben ser analizados al momento de interpretar el contenido de la convención[1034].

5. El control de convencionalidad

Para hacer efectiva la protección y respeto de los derechos consagrado en la CADH, la Corte IDH, mediante su jurisprudencia, ha creado una herramienta denominada «control de convencionalidad», que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de

[1032] Ibidem, p. 522.
[1033] COMUNE, J. y LUTERSTEIN, N., op. cit., p. 522.
[1034] Ibidem, p. 529.

los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la CADH[1035].

Este es uno de los mecanismos más innovadores dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, concibiéndose como una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional: en este caso, el derecho Internacional de los derechos humanos y, específicamente, la CADH y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia del tribunal[1036].

El juez Sergio García Ramírez, en sus votos particulares de los casos *Myrna Mack vs Guatemala*[1037] y *David Tibi vs Ecuador*[1038], con anterioridad a los fallos en que se construye la idea del control de convencionalidad, realizó una aproximación conceptual al control de convencionalidad que ya realizaba la sede interamericana y algunos Estados en su ámbito interno, subrayando la responsabilidad de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de garantizar que sus normas internas sean compatibles con las obligaciones internacionales derivadas de dicha convención.

El juez destacó que los jueces nacionales tienen la obligación de ejercer este control de convencionalidad, verificando que las leyes y prácticas internas no contravengan los tratados internacionales de derechos humanos. Es decir, los jueces deben interpretar y aplicar las normas internas a la luz de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte IDH, asegurando que los derechos y libertades protegidos por estos instrumentos sean plenamente respetados.

[1035] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nº 7 "Control de convencionalidad (actualización)*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021. Para mayor análisis, véase HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. "El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Constitucional*. 2019. Vol. 19, 2019, pp. 327-355; HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. "Cimientos, auge y progreso desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes", en *Revista Chilena de Derecho*. 2018. Vol. 45, pp. 337-361; HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2016.

[1036] FERRER MAC GREGOR, E. "*50 años*…", op. cit., p. 58.

[1037] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 101, Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala, de 25 de noviembre de 2003.

[1038] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 114, Caso Tibi versus Ecuador, de 07 de septiembre de 2004.

El concepto de control de convencionalidad exige que jueces nacionales deban interpretar el derecho interno y los compromisos internacionales para asegurarse de que las disposiciones locales no violen los derechos establecidos por la CADH.

El concepto de "control de convencionalidad" aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en el que la corte precisa sus principales elementos y configuración.[1039] El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, así como a la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares. La Corte IDH declaró violados los derechos a la protección judicial y a las garantías judiciales, entre otros.

En sus párrafos 123 y 124, señaló expresamente que:

> "La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial, de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana".
>
> "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado

[1039] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C No. 154, Caso Almonacid Arellano y otros versus Chile, de 26 de septiembre de 2006.

> internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

A lo que la Corte se refiere es al denominado "control difuso de convencionalidad" y del juez local como un juez interamericano, capaz de controlar la compatibilidad de las normas jurídicas internas con los parámetros de convencionalidad[1040].

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*[1041], la corte incluyó entre los sujetos encargados de ejercer el control de convencionalidad a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (párr. 225). Posteriormente, fue ampliando los sujetos que deben realizar este control al Ministerio Publico; en el caso *Masacres del Rio Negro vs Guatemala* y, finalmente a toda autoridad pública en el ya comentado caso *Gelman vs. Uruguay*.

[1040] HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. "*El control de convencionalidad interno*…", op. cit., p. 337. La autora realiza un análisis de las sentencias de la Corte desde el año 2006 a 2017, excluyendo de esta revisión las opiniones consultivas así como los pronunciamientos relativos a la supervisión y cumplimiento de sentencias.

[1041] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 220, Caso Cabrera García y Montiel Flores versus México, de 26 de noviembre de 2010, párr. 25. "Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Si bien el parámetro del control de convencionalidad desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* fue la CADH y la interpretación que realizaba la Corte IDH respecto de este, el control se fue ampliando al estándar internacional de protección de los derechos humanos y los demás instrumentos internacionales, incluso extendiendo el denominado «derecho convencional» a los demás tratados internacionales que son de competencia de la Corte IDH.

Sin perjuicio de la existencia de este mecanismo, varios autores han cuestionado su aplicación y estructura en los últimos fallos recientes de la Corte IDH. La profesora Miriam Henríquez sostiene que "la Corte IDH a través de su jurisprudencia ha establecido varios significados del control de convencionalidad interno de los Estados, dependiendo de su destinatarios, objeto y parámetro de control."[1042]
El uso del control de convencionalidad ha sido ratificado por la Corte IDH en el ámbito de la extranjería y los derechos humanos explicitando que "todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad"[1043].

Esto resulta de suma importancia en materia de extranjería, puesto que permite ampliar el abanico de derechos que son reconocidos a los extranjeros en un determinado ordenamiento jurídico nacional hacia los derechos reconocidos en el Pacto de San José, además de hacer obligatorio el cumplimiento de los mandatos de la CADH para todos los órganos de los Estados, aun cuando no estén incorporado en su normativa interna. En este escenario, la eventual vulneración y control que se realiza ya no es sobre la norma constitucional sino sobre la convención misma.

[1042] HENRÍQUEZ VIÑAS. M., "*El control de convencionalidad interno*…", p. 329.
[1043] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 282, Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana, de 28 de agosto de 2014. Parámetro de convencionalidad ampliado a las opiniones consultivas, para ello véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014.

6. Titularidad y ejercicio de derechos de las personas extranjeras en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El SIDH, a través de su organización, ha desarrollado distintos instrumentos regionales, como principios, resoluciones, directrices, vinculados a la protección de los derechos fundamentales de las personas extranjeras tanto en el país de origen, tránsito y destino[1044].

Como se ha mencionado anteriormente, no existe un instrumento interamericano específico respecto a los derechos de las personas extranjeras o refugiadas, salvo algunas directrices entregadas por la CIDH[1045], por lo que el reconocimiento de la titularidad y ejercicio de derechos humanos, establecidos en la CADH respecto a las personas extranjeras, ha sido creado por la vía consultiva y jurisprudencial de la Corte IDH.

La Corte IDH ha considerado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de su situación. Esto se verifica en el cumplimiento de los deberes especiales en la materia por parte de los Estados partes, lo que resulta necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

Asimismo, ha reiterado que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos humanos de las personas, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas determinables en función de las particularidades o por las situaciones específicas en que se encuentren estas personas en situación de vulnerabilidad[1046].

6.1. El principio de igualdad y la protección a personas vulnerables

La Corte IDH ha fallado siempre, respecto a los grupos vulnerables y las violaciones de los derechos consagrados en la Convención Americana, desde el reconocimiento y

[1044] *Seguimiento e implementación: mandato. Migración* [en línea]. [Fecha de la consulta: 02 de marzo de 2024]. Disponible en https://www.summit-americas.org/sisca/mig_sp.html
[1045] Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas. Aprobados por la Resolución 04/19 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 7 de diciembre de 2019.
[1046] FERRER MAC GREGOR, E., "*50 años*…", op. cit., p. 51.

aplicación del principio de igualdad y no discriminación a todas las personas sin distinción alguna, consagrado en su artículo 1.1:

> *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas, o de cualquier otra índole origen nacional o social posición económica nacimiento o cualquier otra condición social.*

La CADH contiene dos cláusulas de prohibición de discriminación: el art. 1.1, relacionado con motivos prohibidos de discriminación; y el art. 24 referido a la igualdad ante la ley.

En cuanto a la no discriminación, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha caracterizado por aportar al derecho constitucional e internacional diferentes enfoques para analizar el fenómeno de la discriminación. Por ejemplo, la definición de conceptos de discriminación indirecta, por percepción, encubierta, estructural e interseccional entre otros.[1047] El art. 1.1 de la CADH se aplica cuando el Estado haya violado algún derecho protegido por la CADH o cuando no se haya respetado ni garantizado la obligación de no discriminación. Por su parte, el art 24 de la CADH se aplica con base a una normativa que discrimina, es decir, en una igualdad formal.

En relación con la titularidad, la CADH establece como sujeto activo de los derechos consagrados en el pacto a "toda persona humana." El Pacto de San José señala en su Art.1.2 que, *para efectos de esta Convención, "persona" es todo ser humano.*

La Corte IDH ha declarado que la titularidad de los derechos humanos consagrados en la convención corresponde solo a las personas naturales, negando el carácter de titular a las personas jurídicas. Esto sin perjuicio al reconocimiento de titularidad de derechos convencionales a las comunidades indígenas, haciendo extensible la titularidad respecto a los sindicatos, federaciones y confederaciones; limitando el acceso a las organizaciones

[1047] FERRER MAC GREGOR, E., "*50 años*…", op. cit., p. 48.

constituidas u operantes en los Estados que hayan ratificado el Protocolo de San Salvador.[1048]

Es menester destacar este aspecto en tanto algunas personas, que actúan constituidas como grupo colectivos, han sido aceptados como titulares de derechos. Tal es el caso de los pueblos indígenas y tribales, en que los individuos que componen este grupo son considerados de forma complementaria. Esto se traduce en que el estudio y análisis de la titularidad individual o colectiva que realiza tanto la CIDH como la Corte IDH se efectúa caso a caso.[1049]

En materia jurisprudencial, la Corte IDH considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en atención a los deberes especiales que el Estado debe cumplir, necesariamente, para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. En este grupo, vulnerable o desventajado, también se encuentran los sujetos en situación de movilidad humana (migrantes, refugiados, solicitantes de asilo, desplazados, víctimas de tratas, entre otros).

La Corte IDH siempre ha reconocido la vulnerabilidad de estas personas, la cual se va configurando constantemente, tanto por situaciones de hecho (desigualdades estructurales) como de derecho (desigualdades ante la ley entre nacionales y no nacionales) y que, por tanto, unas como otras tienen consecuencias determinantes en el reconocimiento de derechos, sobre todo respecto a los derechos económicos, sociales y culturales.

Los extranjeros se encuentran en una situación específica de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos y en una situación individual de falta o de diferencia sustancial de poder, en comparación con la población nacional. Esta vulnerabilidad aumenta cuando se

[1048] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 22/16 sobre titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del art. 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como del art. 8.1 a y b del Protocolo de San Salvador), de 26 de febrero de 2016; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, de 17 de noviembre de 1988.
[1049]GARCÍA, Laura y CAICEDO, N., op. cit., p. 557.

encuentran en situación de irregularidad administrativa, como por ejemplo en la negativa del reconocimiento de derecho a la salud, a la educación y la vivienda, así como la exposición constante a eventuales medidas de expulsión del territorio.

6.2. Exclusión a la titularidad de derecho: la participación política

Respecto al ejercicio de derechos civiles y políticos, la CADH utiliza el vocablo "ciudadanos" en vez de "persona." La mayoría de los países latinoamericanos vinculan la ciudadanía con la nacionalidad para el ejercicio de estos derechos[1050]. A modo de ejemplo, en Chile la nacionalidad es un requisito *sine qua non* para ser ciudadano, tal como lo señala el art. 13 del texto constitucional.

El titular de los derechos políticos, en general, es el ciudadano; considerándose no como abstracciones autónomas aisladas, sino como entidades que actúan necesariamente en el complejo de la vida sociopolítica[1051].

En los derechos políticos, el individuo se configura como el sujeto activo, ya que este es objeto de una doble consideración por parte de la ley: como persona humana y como miembro activo del Estado. En tanto persona, a él le corresponde los derechos civiles, los cuales son inherentes a su condición humana y se extienden a todos los individuos. En cuanto a su papel como miembro activo del Estado, le corresponde los derechos políticos que le permiten formar parte de la vida cívica de la comunidad a través de los diversos medios establecidos por la organización democrática para que haga valer su voluntad en la resolución de las cuestiones de interés general[1052].

Si bien la Corte IDH no se ha pronunciado respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos políticos de las personas extranjeras, específicamente su derecho al sufragio activo, es posible encontrar algunas directrices importantes en esta materia en el Caso *Yatama vs. Nicaragua*[1053], en el cual se excluyó a representantes del partido político

[1050] GARCÍA, L. y CAICEDO, N., op. cit., p. 548.
[1051] VENTURA ROBLES, Manuel. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos civiles y políticos", en *Agenda Internacional*. 2006. Año 13, n.° 23, p. 101
[1052] Ídem.
[1053] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 127, Caso Yatama versus Nicaragua, de 23 de junio de 2005.

regional indígena a participar de las elecciones municipales, negándoles el derecho a recurrir a la medida en su país.

Lo relevante de este caso es que puede ser analizada la exclusión en la titularidad y ejercicio de derechos políticos por parte de las personas extranjeras existentes en la CADH al utilizar el vocablo "ciudadanos". La Corte IDH reconoce la soberanía que tiene los Estados de establecer los requisitos y condiciones que tienen los ciudadanos para ejercer el derecho a voto, explicando que la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen *per se* una restricción indebida al derecho político. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática.

6.3. El derecho de circulación y de residencia en la CADH

El art. 22 de la CADH establece el derecho de circulación y de residencia señalando que;

> *1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones 1egales.*
> *2. Toda persona que tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.*
> *3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.*
> *4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1) puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.*
> *5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.*
> *6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme la ley.*

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Las normas sobre expulsión de extranjeros, establecidas en la CADH, están configuradas como una garantía de los nacionales de un determinado Estado frente a esa sanción (*Art. 22.5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar del mismo*).

Respecto a los extranjeros, se permite esta medida en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a ley. El numeral 8 reconoce el principio *non refoulement* (principio de no devolución), prohibiendo la expulsión o devolución del extranjero a otro país, sea o no de su origen, en el cual se vea en riesgo su derecho a la vida o a la libertad personal a causa de su raza, nacionalidad, religión, condiciones sociales o sus opiniones políticas.

La prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros es un límite que opera con independencia del estatus jurídico del inmigrante, ya que la proscripción de la arbitrariedad de las expulsiones no se vería cumplida con una ley o una decisión en la que no exista una evaluación de la condición particular de cada persona. El carácter colectivo de la expulsión no vendría determinado por la cantidad de personas expulsadas, sino por la ausencia de un procedimiento que tenga en consideración la situación particular de cada extranjero[1054].

[1054] GARCÍA, L. y CAICEDO, N., op. cit., p. 551; Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 272, Caso Familia Pacheco Tineo versus Bolivia, de 25 de noviembre de 2013. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los arts. 5, 22.7 y 22.8, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Véase también, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18, sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 30 de mayo de 2018. La Corte ha definido como un componente integral del derecho a buscar y recibir asilo la obligación, a cargo del Estado, de no devolver de ningún modo a una persona a un territorio en el cual sufra riesgo de persecución. En efecto, el principio de no devolución o *non-refoulement* constituye la piedra angular de la protección

En estos casos, la Corte IDH ha establecido las siguientes consideraciones en la materia:

- No devolución (*non-refoulement*): los Estados no pueden devolver a una persona a su país de origen o a un tercer país si existe un riesgo real de que pueda sufrir violaciones graves de derechos humanos, como tortura, malos tratos, o persecución. Este principio se basa en la prohibición de la tortura y en la obligación de proteger el derecho a la vida y la integridad personal.
- Debido proceso en las expulsiones: antes de proceder a la expulsión de un migrante, el Estado debe garantizar el derecho al debido proceso. Esto implica que el migrante tiene derecho a ser informado de los motivos de su expulsión, a tener acceso a asistencia legal y a que su caso sea revisado por una autoridad competente. Asimismo, debe contar con la posibilidad de impugnar la decisión de expulsión.
- Prohibición de expulsiones colectivas: Cada caso de expulsión debe ser considerado de manera individual, garantizando los derechos del migrante a un procedimiento justo. Las expulsiones colectivas, en las que se deporta a un grupo de personas sin un análisis individual de sus circunstancias, son contrarias a los estándares de derechos humanos.
- Protección de la unidad familiar: la importancia de proteger la unidad familiar en situaciones de migración. La expulsión de un migrante, que tiene lazos familiares en el país receptor, puede violar el derecho a la vida familiar, por lo que las autoridades deben considerar esta dimensión antes de proceder con una deportación.
- Protección de derechos económicos, sociales y culturales: En sus decisiones, la corte ha abordado también los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes, destacando que los Estados deben garantizar que las expulsiones no resulten en una violación de derechos fundamentales como la salud, la educación y el acceso a servicios básicos.
- Principio de igualdad y no discriminación: los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, tienen derecho a ser tratados sin discriminación. Los

internacional de las personas refugiadas y solicitantes de asilo y ha sido codificado en el art. 33.1 de la Convención de 1951. El principio de no devolución, en este ámbito, ha sido reconocido como una norma consuetudinaria de derecho internacional vinculante para todos los Estados, sean o no partes en la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967.

Estados no pueden expulsar a personas basándose en criterios discriminatorios como la nacionalidad, el origen étnico, o la situación económica.

- Casos específicos de vulnerabilidad: La Corte IDH ha sido especialmente sensible a la situación de migrantes en condiciones de vulnerabilidad, como mujeres, niños, personas con discapacidades o víctimas de trata. En estos casos, los Estados tienen una obligación reforzada de protección, y deben evitar deportaciones que puedan exponer a estas personas a situaciones de riesgo.

7. Desarrollo jurisprudencial en materia de titularidad y ejercicio de derechos humanos

La clasificación o categorización de la jurisprudencia vinculada a los y las migrantes puede ser variada: desde el análisis de los derechos vulnerados o de acuerdo con el año en que la Corte IDH dicta sentencia.

Sin embargo, la presente investigación estima que una clasificación de la jurisprudencia que sea más relevante en la materia, basada en el reconocimiento del extranjero como titular de derechos fundamentales, permitiría entender la lógica de la "extranjeridad" como un elemento relevante al momento de determinar qué derecho de la Convención Americana ha sido vulnerado a este colectivo por parte de los Estados.

7.1. Las opiniones consultivas en materia de extranjería

7.1.1. Derecho a la información a la asistencia consular

La Corte IDH emitió por primera vez un pronunciamiento respecto a los derechos de las personas migrantes, el 1 de octubre de 1999, a través de su Opinión Consultiva 16/99 sobre el "Derecho a la Información, a la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal[1055].

En 1997, en México, se sometió a la Corte Interamericana la solicitud de una opinión consultiva sobre los diversos tratados concernientes a la protección de los derechos

[1055] Corte IDH. Opinión Consultiva 16/99.

humanos en los Estados Americanos, específicamente respecto a las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de sus derecho a comunicarse y solicitar la asistencia a las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.

El texto citado consagra, entre otros, "el derecho del extranjero privado de la libertad a ser informado, 'sin dilación', de que tiene a) derecho a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, y b) derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, para que ésta le sea transmitida 'sin demora'. (párr. 81)

Los derechos mencionados que han sido reconocidos por la comunidad internacional en el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, tienen la característica de que su titular es el individuo.

La corte concluye que "el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Esta interpretación se confirma por la historia legislativa del artículo citado. De esta se desprende que, aun cuando en un principio algunos Estados consideraron que era inadecuado incluir formulaciones respecto de los derechos que asistían a nacionales del Estado que envía, al final se estimó que no existía obstáculo alguno para reconocer derechos al individuo en dicho instrumento". (párr. 86)

El Tribunal Interamericano estableció en este documento las características e importancia que debe satisfacer la asistencia consular para toda persona migrante detenida, privada de libertad o sometida a un proceso especialmente de naturaleza penal[1056].

[1056] CASTILLA JUÁREZ, Karlos. "La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras en treinta y cinco años de jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: SAIZ ARNAÍZ, Alejandro (dir.), SOLANES MULLOR, Jorge y ROA ROA, Ernesto (coords.). *Diálogos Judiciales en el sistema Interamericano de Derechos Humanos* Valencia: Tiran Lo Blanch, 2017, p. 358.

7.1.2. La condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados

En el año 2002, México sometió a la Corte Interamericana una opinión consultiva sobre la condición jurídica de los migrantes indocumentados que se encontraren en su territorio[1057].

Específicamente, el Estado solicitante consultó sobre "la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, así como la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponible *erga omnes,* frente a la consecuencia de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano. Además la consulta trataba sobre el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación".

La solicitud de opinión se formuló en tres interrogantes. En primer lugar, México cuestionó si es factible que un Estado americano, en relación con su legislación laboral, puede establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales, respecto a los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide *per se* el goce de tales derechos.

En segundo lugar; tomando como base los art. 2.1 DUDH, 2 DADH, 2 y 26 del PIDCP, y 1 y 24 de la CADH; consultó si dichas normas pueden interpretarse en el sentido que la estancia legal de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice las libertades reconocidas en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción.

[1057] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de 17 de septiembre de 2003.

En tercer lugar, preguntó si se puede considerar que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas. En esta última interrogante, además, se plantó la duda de la validez de la interpretación por parte de un Estado americano, en el sentido de subordinar o condicionar, de cualquier forma, la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del PIDCP y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles *erga omnes*.

Finalmente, México consultó a la corte qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general y, si en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*.

La Corte IDH señaló, primero que todo, que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Es posible establecer distinciones basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran las personas. Es decir, no todo trato diferenciado vulnera el principio de igualdad y no discriminación. Por ejemplo, la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.

La corte considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Actualmente no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o

social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. (párr. 101)

Específicamente, respecto a los migrantes, la corte señala que generalmente "se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

Esta situación sumada a la existencia de prejuicios culturales acerca de los migrantes, aumenta sus condiciones de vulnerabilidad. Los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y conllevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra". (párr. 112 y 113)

Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia (regular o irregular), nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. Por ejemplo, en materia del debido proceso legal, se extiende su reconocimiento a todo inmigrante, independiente de su estatus migratorio.

Respecto a los derechos laborales del trabajador indocumentado, la Corte IDH volvió a señalar que la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para 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, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral" (párr. 134). Si los migrantes indocumentados son contratados para

trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular.

En las relaciones laborales entre individuos (empleador-trabajador), el Estado tiene la responsabilidad de proteger los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, sin importar si son nacionales o extranjeros. Además, debe prohibir la discriminación en contra de ellos. La violación de los derechos de los trabajadores por parte de empleadores privados y la violación de los estándares mínimos internacionales por parte de la relación contractual no debe ser permitida por el Estado.

Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan, en el marco de la inmigración, es que se contrata a personas extranjeras que carecen de permisos de trabajo y se encuentran en situaciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

Concluye la Corte IDH que "Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí pueden otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana. (párr. 119)".

7.1.3. La protección especial en materia de niñez migrante

El 7 de julio de 2011, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay presentaron una solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante, con el fin de que la Corte IDH determinase con mayor precisión cuáles eran las obligaciones de los Estados con relación a las medidas posibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociado a su condición

migratoria, o a la de sus padres. Esto a la luz de la interpretación autorizada de los artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[1058].

La Corte IDH considera que, en virtud de las normas internacionales invocadas, incluyendo en especial los artículos 19 de la CADH y VII de la DADDH, las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos. No deben exigirles documentación que no pueden tener y deben dirigirles de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños. En esta línea, resulta indispensable que los Estados permitan el acceso de la niña o niño al territorio como condición previa para llevar a cabo el procedimiento de evaluación inicial. Asimismo, la corte es de la opinión que la creación de una base de datos con el registro de las niñas y los niños que ingresen al país es necesaria para una protección adecuada de sus derechos (párr. 83).

La vulnerabilidad de las niñas y los niños es extrema, especialmente cuando son extranjeros detenidos en un ambiente social y jurídico diferente al suyo, muchas veces en un idioma que desconocen. Las medidas de compensación que contribuyan a disminuir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o disminuyan la defensa efectiva de los propios intereses son necesarias, debido a la existencia de condiciones de desigualdad real. El principio de igualdad en los tribunales y la prohibición de la discriminación se abordan de esta manera (párr. 190).

En el ámbito del SIDH, este principio se ve reforzado por el reconocimiento del derecho de toda persona a buscar y recibir asilo, originalmente en el artículo XXVII de la Declaración Americana y luego en el artículo 22.7 de la Convención Americana.

[1058] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014.

8. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

8.1. Derecho a la asistencia consular del extranjero detenido

En el caso *Acosta Calderón Vs. Ecuador*[1059] aborda el arresto del señor Acosta Calderón, de nacionalidad colombiana, el 15 de noviembre de 1989 en el Ecuador, por la policía militar de aduana. El arresto se realizó bajo la sospecha de tráfico de drogas. Luego de su detención, el señor Acosta Calderón no fue notificado de su derecho a asistencia consular. al día siguiente, la fiscalía se abstuvo de acusar al señor Acosta Calderón. No obstante, en julio de 1994, se revocó el auto de sobreseimiento provisional de la causa y se dictó un auto de apertura del plenario en contra del señor Acosta Calderón, ordenándose que este continuara detenido, por considerarlo autor del delito que se le imputaba. En diciembre de 1994, se condenó al señor Acosta Calderón bajo la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y se le impuso una pena de nueve años de reclusión en el Centro de Rehabilitación Social de Quito. Asimismo, se le impuso una multa de 50.000 sucres. El señor Acosta Calderón permaneció bajo custodia del Estado por seis años y ocho meses, incluyendo los cinco años y un mes que permaneció bajo prisión preventiva.

La Corte IDH señaló que, como detenido extranjero, no le fue notificado su derecho a comunicarse con un funcionario consular para procurar al asistencia debida, El extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad, y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado.

En el caso de la notificación consular, la corte ha señalado que el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa. En este sentido, la corte también ha señalado que el derecho individual de solicitar asistencia consular a su país de nacionalidad debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio

[1059] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 129, Caso Acosta Calderón versus Ecuador, de 24 de junio de 2005.

justo. La inobservancia de este derecho afectó el derecho a la defensa del señor Acosta Calderón, el cual forma parte de las garantías del debido proceso legal (párr. 125).

De lo expuesto, la corte concluyó que el Estado violó, en perjuicio del señor Acosta Calderón, el derecho a la defensa establecido en los artículos 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1. de la misma.

La Corte Interamericana, en esta sentencia, reitera su parecer sobre el derecho individual a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del proceso legal en el ámbito de un caso contencioso. Tanto en la Opinión Consultiva OC-16/99, como en el presente caso Acosta Calderón, la Corte ha enmarcado correctamente aquel derecho en el universo conceptual de los derechos humanos.

8.2. La situación jurídica de los extranjeros frente a las detenciones ilegales y arbitrarias

El primer caso jurídico de la Corte en materia de migraciones fue *Blake c. Guatemala*, relativo a la desaparición forzada de una persona migrante.[1060] Estos hechos se inician el 26 de marzo de 1985, cuando los ciudadanos norteamericanos Nicholas Blake, periodista, y Griffith Davis, fotógrafo, salieron de la ciudad de Huehuetenango rumbo a la aldea El Llano. En dicho lugar fueron detenidos por la Patrulla de Autodefensa Civil de El Llano. Luego de ser llevados a un sitio denominado «Los Campamentos», fueron asesinados y sus cadáveres fueron arrojados en la maleza. Los restos de Griffith Davis fueron encontrados el 16 de marzo de 1992, mientras que los de Nicholas Blake el 14 de junio de 1992. Durante su desaparición, los familiares de Nicholas Blake iniciaron una serie de acciones judiciales a fin de ubicar su paradero, lo cual resultó infructuoso. Asimismo, no se había investigado los hechos ni sancionado a los responsables.

La Corte IDH estableció claramente que “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención. Además, la desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención”. (párr. 66)

[1060] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 36, Caso Blake versus Guatemala, de 24 enero de 1998.

Respecto de los artículos 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 22 (derecho de circulación y residencia) de la convención, la Corte IDH estimó que las supuestas violaciones a estos derechos son consecuencia accesoria de la comprobada desaparición y muerte del señor Nicholas Blake.

Sin embargo, en ninguna parte de la sentencia se considera que la víctima es una persona de nacionalidad norteamericana, es decir, ni el elemento de la nacionalidad ni la característica de la extranjeridad se toman en consideración al momento de fallar.

En el caso *Tibi vs. Ecuador*, la Corte IDH analizó los derechos de una persona de nacionalidad francesa que fue detenida arbitrariamente y procesada penalmente en Ecuador.[1061] Daniel Tibi, ciudadano francés de 36 años que residía en Ecuador y se dedicaba al comercio de piedras preciosas y arte ecuatoriano, fue detenido el 27 de septiembre de 1995 por agentes de la Interpol por estar presuntamente involucrado en el comercio de droga. Cuando se realizó su arresto, los policías no le comunicaron los cargos en su contra, sino que se le informó que se trataba de un "control migratorio".

El señor Tibi permaneció bajo detención preventiva, en forma ininterrumpida, en centros de detención ecuatorianos, desde el 27 de septiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998, cuando fue liberado. Durante su detención en marzo y abril de 1996 en un centro penitenciario, el señor Tibi fue objeto de actos de tortura y amenazado, por parte de los guardias de la cárcel, con el fin de obtener su autoinculpación. En su permanencia en la cárcel, el señor Tibi fue examinado dos veces por médicos ecuatorianos designados por el Estado. Estos verificaron que sufría de heridas y traumatismos, pero nunca recibió tratamiento médico ni se investigó la causa de sus padecimientos. Durante su detención interpuso dos recursos de amparo y una queja, los cuales no prosperaron.

La Corte IDH señaló que, en relación con los numerales 2 y 3 del artículo 7 CADH sobre la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, nadie puede verse privado de libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). (párr. 98)

[1061] Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador.

En el presente caso, está probado que, en la detención del señor Tibi, no se cumplió el procedimiento adecuado según las normas establecidas en Ecuador. La presunta víctima no fue sorprendida *in fraganti*, sino que fue detenida cuando conducía su automóvil en la ciudad de Quito, sin que existiera orden de detención en su contra, que se expidió al día siguiente de dicha detención, es decir, el 28 de septiembre de 1995. A la luz de lo anterior, la detención ilegal del señor Daniel Tibi configura una violación al artículo 7.2 de la CADH.

Además, la Corte IDH fue enfática en recalcar el derecho a la asistencia consular de la persona, toda vez que, al momento de ser notificado, no pudo establecer contacto alguno con su familia, abogado o funcionario consular, vulnerando el artículo 7.4 de la CADH, que indica que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

En atención a su calidad de detenido extranjero, la Corte IDH señaló que el derecho individual del nacional de solicitar asistencia consular a su país "debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo". (párr. 164 y 615). La inobservancia de este derecho afectó el derecho a la defensa, el cual forma parte de las garantías del debido proceso legal.

El caso *Chaparro Álvarez y lapo Iñiguez vs. Ecuador* sobre detenciones ilegales[1062] reafirma lo ya señalado en el fallo anterior, según el cual todo extranjero detenido, al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho a establecer contacto con un funcionario consular e informarle que se halla bajo custodia del Estado.

Las víctimas Juan Carlos Chaparro Álvarez, de nacionalidad chilena y dueño de una fábrica dedicada a la elaboración de hieleras para el transporte y exportación de distintos productos, y Freddy Hernán Lapo Íñiguez, ecuatoriano y gerente de dicha fábrica, fueron detenidas el 14 de noviembre de 1997 por oficiales de la policía antinarcóticos en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil. En su detención se les incautó un

[1062] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 170, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez versus Ecuador, de 21 de noviembre de 2007.

cargamento de pescado, al detectarse la presencia de clorhidrato de cocaína y heroína. El señor Chaparro fue considerado sospechoso de pertenecer a una organización internacional dedicada al tráfico internacional de narcóticos, toda vez que su fábrica se dedicaba a la elaboración de hieleras similares a las que se incautaron.

Lo relevante en esta jurisprudencia es que la corte se pronuncia sobre la reserva de ley, como una garantía a los derechos humanos, señalando que:

> "Debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y 'de antemano', las 'causas' y 'condiciones' de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana. El análisis respecto de la compatibilidad de la legislación interna con la Convención se desarrollará al tratar el numeral 3 del artículo 7." (párr. 356)

8.3. El Derecho a la libre circulación

El caso *Ricardo Canese vs Paraguay*[1063] resulta muy importante al referirse a la protección del derecho de libre circulación de las personas bajo el contexto de la imposibilidad de salir de un territorio.

Durante el debate de la contienda electoral para las elecciones presidenciales del Paraguay de 1993, el señor Ricardo Canese, quien era candidato presidencial, declaró en contra de Juan Carlos Wasmosy, también candidato, por presuntas acciones ilícitas cuando era el presidente de un consorcio. El 23 de octubre de 1992, los directores del consorcio presentaron una querella criminal ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal en contra del señor Ricardo Canese, por los delitos de difamación e injuria. El 22 de marzo de 1994, fue condenado en primera instancia, y el 4 de noviembre de 1997 fue condenado

[1063] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 111, Caso Ricardo Canese versus Paraguay, de 31 de agosto de 2004.

en segunda instancia a una pena de dos meses de pena privativa de la libertad y a una multa de 2,909,000 guaraníes. Como consecuencia del proceso penal en su contra, el señor Canese fue sometido a una restricción permanente para salir del país. El 11 de diciembre de 2002, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay anuló las sentencias condenatorias contra el señor Canese dictadas en 1994 y 1997.

La Corte IDH, respecto al derecho a salir libremente de cualquier país (inclusive el propio), señaló que la medida impuesta, al ser de naturaleza cautelar, exige necesariamente analizar, de forma detallada, si dicha restricción al derecho a salir del país del señor Canese cumplió con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones en la medida indispensable en una sociedad democrática, como se infieren del artículo 22 de la CADH.

La Corte IDH, luego de analizar la medida impuesta por el Estado paraguayo, concluyó que la restricción de salida del país impuesta al señor Canese, durante ocho años y cuatro meses, no cumplió con el requisito de necesidad en una sociedad democrática, en contravención a lo dispuesto en el artículo 22.3 de la convención.

La Corte IDH consideró que la restricción al derecho a salir del país impuesta al señor Canese y el tiempo durante el cual le fue aplicada fueron desproporcionados al fin que se perseguía, ya que existían otros medios menos gravosos que podían garantizar el cumplimiento de las penas. Por lo tanto, el Estado aplicó una restricción al derecho de salir del país del señor Ricardo Canese, sin observar los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática, por lo cual violó los artículos 22.2 y 22.3 de la CADH.

8.4. El derecho a la nacionalidad

En el caso *Castillo Petrizzy y otros Vs. Perú*[1064], la corte se pronunció sobre el derecho a la nacionalidad consagrado en el art. 20 de la CADH. El 14 y 15 de octubre de 1993 fueron detenidos en Perú Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, Lautaro Enrique

[1064] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C No. 52, Caso Castillo Petruzzi y otros versus Perú, de 30 de mayo de 1999.

Mellado Saavedra, María Concepción Pincheira Sáez y Alejandro Luis Astorga Valdez, todos de nacionalidad chilena. A continuación, se les inició un proceso en la jurisdicción penal militar bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria. Durante la etapa de investigación, no contaron con defensa legal.

El proceso fue llevado frente a jueces «sin rostro», quienes los sentenciaron. Se interpusieron recursos de *habeas corpus*, los cuales fueron rechazados. Los recurrentes señalaron que las detenciones, juicios y condenas de los demandantes fueron realizadas de manera arbitraria e injusta por las autoridades peruanas, lo que podría haber afectado su derecho a la nacionalidad. Además, la persecución penal y la privación de libertad que sufrieron los demandantes podría haber tenido implicaciones en su estatus de ciudadanía y en sus derechos relacionados con la nacionalidad.

En este caso, en primer lugar, la corte definió el concepto de nacionalidad como "el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática". La adquisición de este vínculo por parte de un extranjero supone que este cumpla las condiciones que el Estado ha establecido con el propósito de asegurarse de que el aspirante esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer. Lo dicho supone que las condiciones y procedimientos para esa adquisición son materia del derecho interno de cada Estado.

A su vez, indicó que el derecho a la nacionalidad, contemplado en el artículo 20 CADH, recoge un doble aspecto: por una parte, significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, y por otra, protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo. (párr. 100)

Así, específicamente, la Corte IDH señaló que:

> "En el caso en estudio, la nacionalidad de los ciudadanos chilenos no se ha puesto en entredicho. En ningún momento se ha cuestionado o afectado su derecho a esa nacionalidad, ni se ha pretendido crear o imponer, artificialmente, entre el Perú y

> los inculpados el vínculo característico de la relación de nacionalidad, con los consiguientes nexos de lealtad o fidelidad. Cualesquiera consecuencias jurídicas inherentes a ella, existen solamente con respecto a Chile y no al Perú y no se alteran por el hecho de que se aplique un tipo penal denominado traición a la patria, lo cual sólo plantea el problema de un *nomem juris* que el Estado utiliza en su legislación, y sin que ello suponga que los inculpados adquieran deberes de nacionalidad propios de los peruanos." (párr. 102)

En el caso *Ivcher Bronteins Vs. Perú*[1065], la corte vuelve a recalcar que el derecho a la nacionalidad está reconocido por el derecho internacional, ya que se trata de un derecho de la persona humana que debe ser considerado como un estado natural del ser humano: tanto fundamento de su capacidad política como civil. (párr. 86)

En este caso, el señor Ivcher Bronstein, nacido en Israel y que posteriormente adquirió la nacionalidad peruana por vía de la nacionalización, era el propietario mayoritario de un canal de televisión desde 1986. Uno de los programas de dicho canal empezó a transmitir reportajes relacionados con el gobierno del entonces Presidente Alberto Fujimori. Es así como, el 23 de mayo de 1997, el Poder Ejecutivo del Perú expidió el Decreto Supremo N.° 004-97-IN, que reglamentó la Ley de Nacionalidad N.° 26.574, y estableció la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados. En julio de 1997 se dejó sin efecto legal el título de nacionalidad peruana del señor Ivcher. Debido a ello, se le suspendió como accionista mayoritario del canal televisivo. Los recursos presentados para cuestionar estas decisiones fueron desestimados.

En este orden de ideas, la Corte IDH fue enfática en señalar que "el señor Ivcher no renunció expresamente a su nacionalidad, único modo de perder ésta conforme a la Constitución peruana, sino que fue privado de ella cuando se dejó sin efecto su título de nacionalidad, sin el cual no podía ejercer sus derechos como nacional peruano. El Estado incumplió las disposiciones establecidas en su derecho interno y privó arbitrariamente al señor Ivcher de su nacionalidad. Además, la autoridad que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher resultó ser incompetente". (párr. 95)

[1065] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 74, Caso Ivcher Bronstein versus Perú, de 6 de febrero de 2001.

El caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*[1066] requiere una especial atención, porque la corte no solo se pronuncia respecto al derecho a la nacionalidad, sino también a la especial protección de las niñas, niños y adolescentes migrantes.

El 5 de marzo de 1997, comparecieron ante la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá la madre de Violeta Bosico, de 10 años de edad, y la prima de la madre de Dilcia Yean, de 12 años de edad, con la finalidad de solicitar el registro tardío de sus nacimientos. Las niñas habían nacido en República Dominicana y su ascendencia era haitiana. A pesar de contar con los documentos requeridos, se denegó el registro de las niñas. A pesar de haber presentado una demanda a favor de las niñas, esta fue denegada.

La Corte IDH, en primer lugar, señaló respecto de las niñas que, estando en una condición especial de protección, tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y Estado; sobre todo a este último cuando las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños.

La Corte IDH recalcó que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la convención cuando el caso se refiera a menores de edad. (párr. 86)

Además, la Corte fue enfática en señalar que "la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que, en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia". (párr. 140)

[1066] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 130, Caso de las niñas Yean Bosico versus República Dominicana, de 8 de septiembre de 2005.

La Corte consideró que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos y, finalmente, deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

La Corte IDH consideró que, al haber aplicado a las niñas otros requisitos para obtener la nacionalidad, distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, República Dominicana actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad en términos del ejercicio y goce de sus derechos. En atención a la condición de niñas de las presuntas víctimas, la corte consideró que la vulnerabilidad derivada de la apatridia comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de los que son titulares se vio imposibilitado. (párr. 166 y 167)

El juez Antônio Augusto Cançado Trindade adhirió a la decisión de la Corte, pero señaló, en su voto razonado, que:

> “En definitiva, el tema de la nacionalidad no puede ser considerado desde la sola óptica de la pura discrecionalidad estatal, pues sobre él inciden principios generales del derecho internacional, así como deberes que emanan directamente del derecho internacional, como, v.g., el deber de protección. Encuéntrense, pues, a mi juicio, enteramente superadas ciertas construcciones en materia de nacionalidad (original o adquirida) de la doctrina tradicional y estatocéntrica, tales como, v.g., la de la potestad estatal ilimitada, la de la voluntad estatal exclusiva, la del interés único del Estado, así como la teoría contractualista (una variante del

voluntarismo). Para dicha superación han decisivamente contribuido el advenimiento e impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

El caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*[1067] es de gran importancia en la materia, ya que la corte se pronuncia respecto a una situación histórica de discriminación, igualdad y apatridia que sufren las personas extranjeras en un país. En República Dominicana, la población haitiana y las personas nacidas en territorio dominicano de ascendencia haitiana comúnmente se encontraban en situación de pobreza y sufrían con frecuencia tratos peyorativos o discriminatorios, inclusive por parte de autoridades, lo que agravaba su situación de vulnerabilidad. Dicha situación se vincula con la dificultad de quienes integran la referida población para obtener documentos personales de identificación.

En ese contexto, las autoridades dominicanas detuvieron a familias haitianas y los llevaron a puntos de acopio en la frontera para ser trasladados a Haití. Sus documentos personales, como registros de nacimiento y cédulas de identidad, fueron declarados nulos en muchas ocasiones.

La corte determinó que, durante un período cercano a diez años a partir de 1990, en República Dominicana había un patrón sistemático de expulsión de haitianos y personas de ascendencia haitiana, incluso mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, lo que obedecía a una concepción discriminatoria.

En este caso, la corte señaló que es al momento del nacimiento de las personas donde resulta exigible la observancia de los deberes estatales, respecto al derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia en el marco del derecho internacional pertinente . (párr. 258)

El artículo 20.2 de la CADH señala que una persona nacida en el territorio de un Estado tiene derecho a la nacionalidad de ese Estado "si no tiene derecho a otra". Este precepto debe ser interpretado a la luz de la obligación de garantizar a toda persona sujeta a la jurisdicción estatal el ejercicio de los derechos, establecido en el artículo 1.1 de la

[1067] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 282, Caso de personas dominicanas y haitiana expulsadas versus República Dominicana, de 28 de agosto de 2014.

convención. Por lo tanto, el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació.

Si el Estado no puede tener certeza de que la niña nacida o el niño nacido en su territorio obtenga la nacionalidad de otro Estado, por ejemplo, la nacionalidad de uno de sus padres por la vía del *ius sanguinis*, aquel Estado conserva la obligación de concederle (*ex lege*, automáticamente) la nacionalidad, para evitar desde el nacimiento una situación de apatridia, de acuerdo con el artículo 20.2 de la Convención Americana. (párr.260)

En este orden de ideas, la corte consideró que "un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio debido a nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con las siguientes garantías mínimas: a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley". (párr. 356)

El criterio fundamental para determinar el carácter "colectivo" de una expulsión no es el número de extranjeros objeto de la decisión de expulsión, sino que esta no se base en un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero.

La corte, retomando lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha determinado que una expulsión colectiva de extranjeros es "cualquier decisión tomada por autoridad competente que obligue a los extranjeros como grupo a abandonar el país,

excepto cuando tal medida sea tomada luego de o con base en un examen razonable y objetivo de los casos particulares de cada extranjero del grupo. (párr. 361)

8.5. Normas del debido proceso y protección específica para personas extranjeras

En el Caso *Vélez Loor versus Panamá*[1068], Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue retenido el 11 de noviembre de 2002 en el Puesto Policial de Tupiza, en la Provincia del Darién, República de Panamá, por presuntamente no portar la documentación necesaria para permanecer en dicho país.

Posteriormente, la directora nacional de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia dictó una orden de detención en su contra. El señor Vélez Loor fue trasladado a una cárcel pública. El 6 de diciembre de 2002 se resolvió imponerle una pena de dos años de prisión por haber infringido las disposiciones del Decreto Ley N.° 16 sobre migración de 30 de junio de 1960. La referida resolución no fue notificada al señor Vélez Loor.

El 18 de diciembre de 2002 fue trasladado al centro penitenciario "La Joyita". Mediante resolución de 8 de septiembre de 2003, la directora nacional de Migración resolvió dejar sin efecto la pena impuesta. El 10 de septiembre de 2003, el señor Vélez Loor fue deportado hacia Ecuador. Tras ser deportado, el señor Vélez Loor alegó haber sido víctima de actos de tortura y malos tratos ocurridos durante su estancia en los diversos centros penitenciarios.

La corte ha señalado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. (párr. 97)

[1068] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 218, Caso Vélez Loor versus Panamá, de 23 de noviembre de 2010.

En este sentido, la corte ha establecido que, de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las necesidades particulares de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. A este respecto, los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado con relación a los nacionales o residentes. (párr. 98)
El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

En este contexto, es de resaltar la importancia de la asistencia letrada en casos como el presente, en que se trata de una persona extranjera que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad. Esta situación requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.

Así, la Corte estima que “la asistencia debe ser ejercida por un profesional del derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, *inter alia,* sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento. Impedir a este contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”. (párr. 29)

Al señor Vélez Loor se le impuso "la pena de dos años de prisión en uno de los Centros Penitenciarios del País" al volver a entrar a Panamá luego de una orden de deportación. La corte considera que la aplicación de una sanción más gravosa a la prevista en la normativa panameña infringe el principio de legalidad y, consiguientemente, contraviene el artículo 9 de la convención en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vélez Loor.

El caso *Nadage Dorzema Vs. República Dominicana*[1069], aborda la situación de un grupo de nacionales haitianos (entre ellos un menor de edad y una mujer embarazada) que, en el año 2000, ingresaron a territorio dominicano. El camión en el que hicieron ingreso pasó por dos puestos de control. En el segundo, cuatro militares pertenecientes al Destacamento Operativo de Fuerza Fronteriza abordaron su patrulla e iniciaron la persecución del vehículo, después de que este no se detuviera en el puesto de control. Los militares realizaron numerosos disparos con sus armas en dirección al camión. Durante el tiroteo, fue herido de muerte el acompañante del conductor Máximo Rubén de Jesús Espinal, cuyo cuerpo salió expulsado del camión. Los militares, que se encontraban en persecución, observaron el cuerpo del señor Espinal caer del vehículo, sin embargo, continuaron su marcha sin detenerse.

Posteriormente, el camión se volcó a orillas de la carretera, y algunas personas quedaron atrapadas bajo el vehículo. Un grupo de personas fallecieron producto del accidente y por los disparos de los militares luego de la volcadura del camión. Otros sobrevivientes fueron trasladados a un hospital. Sin embargo, el tratamiento recibido fue precario. El 18 de junio de 2000, un grupo de personas que sobrevivieron al suceso fueron detenidas. Los detenidos fueron llevados a un cuartel militar en Dejabón. En el cuartel militar de Dejabón, agentes militares del cuartel los amenazaron con obligarlos a trabajar en el campo si es que no accedían a darles dinero a dichos agentes a cambio de que estos los llevaran a la frontera con Haití.

Frente a esta situación, los detenidos hicieron una colecta de dinero para dárselo a los agentes quienes, en horas de la tarde del mismo día, los trasladaron a la ciudad de Ouanaminthe (Wanament), en Haití. El 5 de marzo de 2004, el Consejo de Guerra de

[1069] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 251, Caso Nandge Dorzema y otros versus República Dominicana, de 24 de octubre de 2012.

Primera Instancia emitió sentencia en el proceso penal militar contra los agentes involucrados en los hechos, en la cual dos personas se encontraron culpables de homicidio y se les condenó a cinco años de prisión.

La corte concluyó al respecto que no se acreditó la legalidad ni absoluta necesidad que motivara accionar la fuerza letal durante la persecución, ya que no se estaba repeliendo una agresión o peligro inminente. Como consecuencia, la grave situación ocasionada fue el resultado, al menos negligente, del uso desproporcionado de la fuerza imputable al Estado por el actuar de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Asimismo, la corte observó que, en el contexto de discriminación contra migrantes, el uso desmedido de la fuerza en el caso demostró la falta de implementación de medidas razonables y adecuadas para lidiar con esta situación en perjuicio de este grupo de personas haitianas. (párr. 91)

La corte ha establecido que "cuando los agentes estatales emplean la fuerza ilegítima, excesiva o desproporcionada, como en el presente caso, dando lugar a la pérdida de la vida, se considera una privación arbitraria de la misma. Como consecuencia, las muertes de cuatro personas por disparos de arma de fuego, ocasionadas durante la persecución del vehículo (…), constituyen privaciones arbitrarias de la vida, atribuibles al Estado en perjuicio de Fritz Alce, Ilfaudia Dorzema, Nadege Dorzema y Máximo Rubén de Jesús Espinal. (…) así mismo considera que de la actuación del Estado frente a estas personas que corrían, se puede desprender la comisión de ejecuciones extrajudiciales, derivadas del empleo deliberado del uso de armas letales dirigidas a privarlas de la vida, máxime su estado de indefensión, sin que estas representaran en definitiva una amenaza". (párr. 85)

La Corte IDH concluye que, con motivo del uso ilegítimo, innecesario y desproporcional de la fuerza, el Estado violó el derecho a la vida dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con su artículo 1.1 en su dimensión de respeto, con motivo de la privación arbitraria de la vida. Se estableció la responsabilidad del Estado por la ejecución extrajudicial; la violación del deber de respetar el derecho a la integridad personal dispuesto en el artículo 5.1 de la convención en relación con el artículo 1.1 de la misma y la falta debida de investigación, toda vez que estos hechos habían quedado impunes.

En el caso *Familia Pacheco Tineo Vs, el Estado Plurinacional de Bolivia*[1070], si bien está relacionado más estrechamente al derecho de asilo, resulta importante, para el propósito de esta investigación, hacer una breve reflexión en materia de titularidad de derechos de las personas migrantes en situación de vulnerabilidad.

El señor Rumaldo Pacheco y la señora Fredesvinda Tineo fueron procesados por terrorismo en Perú en los años 90. Tras ser absueltos en 1995, se trasladaron a Bolivia junto a sus hijas y obtuvieron el estatus de refugiados. En 1998, firmaron una declaración de repatriación voluntaria y se mudaron a Chile, donde nuevamente fueron reconocidos como refugiados. En febrero de 2001, viajaron a Perú para actualizar documentos y considerar un posible retorno, pero luego ingresaron a Bolivia sin control migratorio. Al intentar regularizar su situación en La Paz, Fredesvinda fue detenida y, el 23 de febrero, se ordenó la expulsión de toda la familia por violar leyes migratorias. Aunque el Consulado Chileno informó sobre su estatus de refugiados, fueron deportados a Perú el 24 de febrero.

En lo que concierne, respecto a este caso, al presente estudio, la corte estableció, en materia de derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con la libertad de circulación y residencia en casos de expulsión de migrantes y de solicitantes del estatuto de refugiados, las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos de carácter migratorio, que pueden culminar con la expulsión o deportación de una persona extranjera. El principio de no devolución (*non refoulement*) señaló que, en atención a las necesidades especiales de protección de personas y grupos migrantes, este tribunal interpreta y da contenido a los derechos que la convención les reconoce, de acuerdo con la evolución del *corpus juris internacional* aplicable a los derechos humanos de las personas migrantes. (párr. 29)

La Corte ha analizado, en otros casos, la compatibilidad de medidas privativas de libertad de carácter punitivo para el control de los flujos migratorios (en particular de aquellos de carácter irregular) con la Convención Americana. Sin embargo, en tanto las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, una naturaleza similar a la de estas y, dado que en una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para

[1070] Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N.° 272, Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013.

proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos (párr. 131).

En los casos en que las autoridades migratorias tomen decisiones que afecten derechos fundamentales, como la libertad personal, en procedimientos puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas contenidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención y son aplicables en lo que corresponda (párr. 132).

De tal modo, si se complementan las normas anteriores con el *corpus juris internacional* aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente de los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.

CONCLUSIONES

La titularidad de derechos fundamentales de los extranjeros es aún un tema pendiente, tanto a nivel internacional como a nivel constitucional. El reconocimiento fragmentado que realiza el derecho internacional, así como la cláusula de igualdad establecida en la Constitución Política chilena, resultan insuficientes para abordar este fenómeno.

Si bien pueden existir razones fundadas para justificar una regulación diferenciada entre nacionales y extranjeros en el reconocimiento de derechos, una vez autorizada legalmente su estadía o residencia, las distinciones normativas relativas al ejercicio de los derechos deben estar debidamente justificadas. Esta justificación solamente puede efectuarse si la Constitución política así lo establece expresamente o, en caso de que exista un mandato constitucional, correspondería al legislador la tarea de limitar o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas extranjeras, operando en este caso la reserva legal como una garantía de protección de la titularidad y ejercicio de derechos.

En efecto, la condición de extranjero, en clave de igualdad, abarca una serie de categorías sospechosas de discriminación arbitraria, tales como la raza, la etnia, el idioma y la nacionalidad, entre otras[1071], por lo que una regulación que restrinja el ejercicio de derechos a partir de estas categorías debería contar con algún tipo de habilitación constitucional previa.

Esto se concluye del Tribunal Constitucional chileno que, en su sentencia Rol N.° 2.273-2012, señaló expresamente que, respecto al derecho fundamental de locomoción, la Constitución Política no realiza ninguna distinción que valide un tratamiento diverso entre extranjero y nacional, "lo que implica que el derecho a emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración en Chile, cuyo ejercicio, pero no el derecho mismo, puede ser modulado, regulado y limitado a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de tercero"[1072].

[1071]En Chile, el inciso 2.º del art. 2.º de la Ley N.° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, establece expresamente que "Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público".
[1072] STC Rol N.° 2.273-2012-INA, de 4 de julio de 2013, considerandos 35 y 36.

Si bien lo señalado por el Tribunal Constitucional chileno es una conclusión general de la situación actual de la titularidad de derechos fundamentales de las personas extranjeras en Chile, a la luz del sistema constitucional español, se pueden extraer conclusiones más detalladas: tanto desde la dogmática constitucional como del derecho internacional de los derechos humanos.

A pesar de que ambos sistemas constitucionales y políticos son distintos y que incorporan de manera diferente el reconocimiento del derecho internacional a sus ordenamientos internos, es posible encontrar varias similitudes.

Respecto a las diferencias entre uno y otro sistema, el análisis debe realizarse desde distintas perspectivas en relación a la forma en que fueron tratadas en los capítulos de esta investigación.

Se abordará cada una de ellas para responder a la pregunta planteada inicialmente: ¿existen, en el ordenamiento constitucional chileno, elementos suficientes para sostener la existencia de la titularidad de derechos de las personas extranjeras en igualdad de condiciones que los nacionales? La hipótesis planteada considera que el paradigma jurídico moderno carece las herramientas teóricas y constitucionales necesarias para garantizar la titularidad de derechos fundamentales de las personas inmigrantes.

PRIMERO.- Resulta muy complejo encontrar similitudes entre ambos textos constitucionales, partiendo por su génesis, lenguaje e instituciones que consagra cada sistema constitucional, por lo que los resultados favorables que puedan extraerse, a efecto de resolver la pregunta en cuestión, vienen de la mano del establecimiento de regímenes legales de extranjería, mas no de la titularidad de derechos.

Aun cuando la tendencia internacional en la materia gira en torno a normas más restrictivas de derechos para las personas extranjeras, el modelo constitucional español de titularidad, establecido en el art. 13.1 CE, marca el punto de partida del sistema de derechos fundamentales: los extranjeros no son titulares de derechos en las mismas condiciones que los españoles.

Debido a lo explícito de la norma antes citada, así como a lo dispuesto en el art. 13.2 CE al limitar los derechos políticos de los extranjeros (específicamente el derecho a sufragio solo en las elecciones locales), algunos parlamentarios chilenos han recurrido a esta disposición de la Constitución española para presentar una reforma constitucional en la materia, estableciendo requisitos más estrictos para que los extranjeros ejerzan el derecho a sufragio en las elecciones, limitándolo incluso solo a las elecciones municipales.[1073]

Un punto en común entre ambas cartas fundamentales se encuentra en la garantía de la reserva legal y los límites impuestos al legislador al momento de regular, limitar o restringir un derecho fundamental.

En Chile, la reserva de ley en relación a los derechos fundamentales es utilizada para la construcción de las argumentaciones y alegatos de las partes en sede constitucional en los casos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal. En este contexto, podemos comprender que, en el sistema constitucional de derechos fundamentales, la reserva de ley desempeña un papel en el control de la constitucionalidad, configurándose una reserva general de regulación y otras específicas de restricción, ambas en el ámbito de los derechos humanos[1074].

El texto constitucional chileno carece de una cláusula expresa que señale si los derechos fundamentales están o no afectos a una garantía general de la reserva legal, pero si es posible encontrar reservas específicas en el art. 19 CPR, bajo las expresiones "corresponderá al legislador", "en los casos y formas que señale la ley", "forma que fije la ley". Es decir, es la misma Constitución la que expresamente llama, habilita y reserva la regulación de cada derecho a la ley.

En materia de inmigración, la regla general en el derecho comparado es la reserva de ley. Sin embargo, hasta antes de la entrada en vigor de la nueva normativa de extranjería, el D.L. N.° 1.094 de 1975, era una norma preconstitucional que no respondía a la lógica

[1073] Boletín N.° 17.067-07 La hipótesis planteada considera que el paradigma jurídico moderno carece de las herramientas teóricas constitucionales necesarias para garantizar la titularidad de derechos fundamentales de las personas inmigrantes. Disponible en https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=17686&prmBOLETIN=17067-07

[1074] PICA FLORES, R, "*Aspectos*…", op. cit., p. 195.

competencial inscrita en el artículo 19 N.° 26 de la Constitución vigente, entregando amplias facultades a la administración. Una de estas facultades corresponde a la entrega de visados y permanencias definitivas, en que la razonabilidad de la decisión administrativa no se construye a partir de criterios establecidos en una norma legal, sino en meras apreciaciones que devienen en arbitrariedad y, por ende, inciden en la configuración del estatuto constitucional de las personas extranjeras en Chile.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible reconocer en la Constitución chilena una reserva general de ley para su regulación, derivada del artículo 5.°, del numeral 26.° del artículo 19, del numeral 20.° del artículo 63 y de su artículo 64. Por otra parte, distinguiendo la "regulación" de la "limitación", sin especificar la diferencia, el numeral 26.° del artículo 19 pareciera reconocer solo reservas específicas y taxativas de limitación. Por otra parte, es reconocible, además, una reserva de ley diferente, derivada del derecho internacional y referida a "restricciones" de derechos reconocidas en la CADH en su art. 30[1075].

Si bien el art. 19 N.° 26 CPR no distingue entre regulación y limitación de un derecho, entrega el límite principal que tiene el legislador al momento de realizar estas acciones. Este es el contenido esencial de los derechos. Esta disposición establece expresamente al legislador que, al limitar un derecho fundamental, no puede realizarlo a su mero arbitrio, sino que siempre debe respetar el contenido esencial del derecho, ni establecer condiciones, tributos o algún requisito que impida el libre ejercicio del derecho; lo que da cuenta del carácter normativo y directamente aplicable de los preceptos constitucionales. Esta norma no establece distinciones entre los derechos, extendiendo su garantía a todos ellos.

Las cláusulas delimitadoras que aparecen reiteradamente en la Constitución son: la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional y la seguridad del Estado. Estas claúsulas, en materia de extranjería, son normalmente utilizadas a efecto de determinar la "utilidad" de la permanencia del extranjero en el territorio nacional.

En materia de interpretación, la CPR no establece cláusulas específicas al respecto, por lo que la hermenéutica constitucional ha sido desarrollada por la doctrina y la

[1075] PICA FLORES, R., "*Aspectos*…", op. cit., p. 209.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional; los que han establecido varios criterios respecto a la interpretación de la titularidad de los derechos de las personas extranjeras, en atención a los principios democráticos que debe considerar la hermenéutica constitucional. El principio *pro homine*, la supremacía constitucional, la vinculación directa a la Constitución, la condición de vulnerabilidad de las personas migrantes y el derecho internacional de los derechos humanos; todos los cuales se encuentran incorporados en el ordenamiento jurídico nacional través de la cláusula de habilitación que establece en el art. 5.º inc. 2 de la CPR.

En el sistema español, la reserva de ley constituye una garantía normativa fundamental y autónoma. La Constitución española reconoce una pluralidad de reservas de ley, tanto en el ámbito que está regulando como en materias concretas, así como también a favor de leyes determinadas por su especial procedimiento de aprobación, como la reserva de ley orgánica. Esto toma mayor relevancia en materia de extranjería, ya que la actual normativa de extranjería es una ley orgánica que regula derechos fundamentales y libertades públicas según el art. 81 de la CE.

En este sentido, la reserva de ley orgánica protege de modo directo un derecho. En cuanto a su configuración y limitación, solo puede hacerse por ley orgánica, por lo que la ley ordinaria solo puede regular el ejercicio del derecho pero nunca establecer medidas restrictivas de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, especialmente los presentes en los artículos 15 al 29 de la CE.

Esto se vincula directamente con la eficacia y aplicación de los derechos fundamentales, tanto de órganos públicos como de terceros. Una lectura armónica de los art. 9.1 y 53.1 de la CE permite comprender la obligatoriedad de la eficacia directa de los derechos, siendo el art. 53.1 CE una concretización del mandato del artículo 9.1 CE.

En atención al contenido esencial de los derechos, la CE no determina expresamente los elementos que lo conforman; sin embargo la doctrina ha señalado que este corresponde a aquel núcleo esencial de un derecho que el legislador tiene absolutamente vetado modificar, alterar o eliminar. De esta manera, el contenido esencial se configura como una garantía adicional a la reserva legal.

Por último, la interpretación constitucional juega un papel relevante a la hora de la determinación de la titularidad de derechos de las personas extranjeras en el sistema constitucional español. Un sector de la doctrina ha construido tres criterios fundamentales a la hora de la configuración de la titularidad[1076].

En primer lugar, la regla de los derechos universales: derivada de la aplicación de la construcción de universalidad de los derechos humanos y su carácter universal en la esfera internacional.

En segundo lugar, la regla de los derechos no excluyentes: respecto de la cual, si un derecho se reconoce expresamente a un colectivo, ello no implica que se excluya de su titularidad a personas no integradas en ese grupo o colectivo, por ejemplo los no españoles o los no ciudadanos[1077]. Este sería el caso del principio de igualdad contenido en el art. 14 CE, cuya titularidad se reconoce solo a los extranjeros pero que, mediante una interpretación normativa, se extiende a las personas no españolas, es decir, a los extranjeros.

Por último, la regla de derechos exclusivos y excluyentes: en la cual determinados derechos, por la propia naturaleza o contenido del mismo, solo podrán tener por titulares a las personas que pertenezcan al grupo o categoría señalada en el enunciado normativo, como el derecho al asilo del art. 13.4 CE que, dada su propia naturaleza y configuración, no puede ser ejercido por españoles dentro del territorio nacional.

Otro sector señala que, a la fecha, no existe una interpretación clara del TC en la materia[1078], y que la titularidad de los derechos fundamentales se debe extraer de cada uno de los preceptos constitucionales de manera integrada, no solamente de acuerdo al tenor literal del mismo, sino al canon interpretativo consagrado en el art. 10.2 CE que incluye los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos.

[1076] IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española. Una interpretación lógica-sistemática", en *Revista Vasca de Administración Pública*. 2009. N.° 114, pp. 110 y ss.
[1077] Ibidem, p. 112.
[1078] VIDAL FUEYO, M., "*El régimen jurídico*…", op. cit., p. 67.

En términos de la presente investigación, ambas posturas doctrinarias debiesen integrarse de manera armónica, en función de que la pretensión de universalidad de los derechos sea un elemento interpretativo de las normas de la Constitución Española en conjunto con el principio *pro homine*; sin generar derechos excluyentes para uno u otro colectivo: considerando a las características especiales de vulnerabilidad y las condiciones materiales de existencia de las personas extranjeras en los Estados de destino.

SEGUNDO.- Diferencias históricas entre ambos sistemas. En primer lugar, la evolución del reconocimiento de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas extranjeras en Chile se origina desde el inicio de la etapa republicana del país y sus primeros intentos y reglamentos constitucionales.

Los textos constitucionales chilenos reconocieron, en mayor o menor grado dentro de su contenido, a los extranjeros como sujetos titulares de derechos pero condicionado a ciertas características de tipo elitista y utilitarista del extranjero en el territorio nacional. Así es como en el Reglamento constitucional de 1812 se construye uno de los conceptos mayormente usados por la legislación nacional en la materia y que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la nueva ley de migraciones en el año 2022: la utilidad del extranjero, vinculada a las prestaciones que pudiese realizar o los servicios que prestase al país. Incluso esta "utilidad" fue requisito para la adquisición de la nacionalidad chilena en la Constitución de 1833.

Aun cuando en 1822 aparece la cláusula de igualdad establecida en términos muy similares a los actuales, la ciudadanía, en cambio, solo estaba reservada a los chilenos. Considerada como un estatus privilegiado dentro de la sociedad burguesa de la época y restringida a un grupo minoritario elitista, la ciudadanía no estaba contemplada para los grupos subalternos, como trabajadores asalariados, mujeres, y por supuesto inmigrantes, quienes no eran considerados titulares de derechos, siendo excluidos de las tomas de decisiones políticas del Estado.

Por otro lado, la legislación migratoria del país, que se inicia formalmente en el año 1824, va mutando hacia 1845 a normativas configuradoras de los procesos de colonización de tierras al sur de Chile y los planes de mejoramiento biológico de la raza. Este año marca un hito en el reconocimiento de las personas extranjeras en Chile. Si bien, en primer lugar,

el concepto de extranjero tenía una consideración al *extraneus,* aquí cambia al de "colono"; generando así una nueva categorización privilegiada en cuanto a la nacionalidad de origen, siendo fomentada por las políticas públicas del país y establecida en instrumentos legales.

Durante esta etapa, surge una amplia diferenciación de categorías entre colono e inmigrante (extranjero), vinculadas con la "amenaza del inmigrante", particularmente en los programas de colonización a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Se hacía refería a los "inmigrantes no deseados", que se refiere a aquellos que arribaban sin estar relacionados con el programa de colonización. Posteriormente, durante la dictadura de 1973, se intensificaría la percepción de su riesgo, al categorizarlos como terroristas, o sea, comunistas y marxistas[1079].

El corolario de esta situación se manifiesta en la dictación del Decreto Ley N.° 1.094 de 1975: la llamada "ley de extranjería", la cual estuvo vigente hasta el año 2021. Esta norma, que carecía de toda legitimidad al haber sido dictada durante el régimen totalitario del general Pinochet, fuera de todo debate parlamentario (al haberse suprimido en esta época el Congreso Nacional por parte de la Junta Militar de Gobierno), aumentaba el margen de discrecionalidad de la administración para la concesión de visas y permisos, así como las facultades de expulsión de extranjeros, especialmente aquellos que profesasen doctrinas contrarias al régimen.

Esta normativa carecía de todo tipo de reconocimiento de las personas extranjeras como titulares de derechos; es más, su categorización cambia a "elemento indeseado", modificando el paradigma migratorio al de la seguridad interior del Estado, considerando al extranjero como un enemigo de esta. Esta realidad normativa era dictada y aplicada sin la existencia de una constitución, toda vez que la carta de 1925 había sido suprimida a través de diferentes decretos leyes.

El Decreto Ley de Extranjería sustituyó el término migrante por el de extranjero, lo que podría interpretarse como un intento de distanciarse del sentido convencional de migrante

[1079] LARA, M., op. cit., p. 64.

(vinculado a los procesos de colonización y población en el sur del país), así como una intención de establecer un nuevo modelo que fortalecería la noción de riesgo[1080].

La posterior elaboración y publicación de un texto constitucional, por parte de la Junta Militar en el año 1980, no vino a solucionar el problema existente respecto a la titularidad de derechos de las personas extranjeras; principalmente porque las normas de extranjería se encontraban en una constante tensión con las disposiciones constitucionales, constituyéndose el decreto ley mencionado en una norma preconstitucional, como posteriormente declararía el Tribunal Constitucional chileno en el año 2013.

El texto constitucional chileno, aun cuando reconociera en la misma cláusula una igualdad y titularidad genérica a todas las personas, la misma norma constitucional, establecía diferencias entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de derechos políticos y en materia laboral en base a la nacionalidad.

La normativa de extranjería no permite una operabilidad, para el ejercicio de los derechos reconocidos en el texto constitucional, a los extranjeros en clave de igualdad. Esto conlleva una restricción, de forma discrecional (incluso arbitraria), en la manera en que las personas extranjeras podían ingresar, permanecer o desarrollar ciertas actividades en el país, generando en la práctica graves desigualdades en el ejercicio de los derechos, especialmente en la libertad de circulación reconocido en el art. 19 N.° 7 CPR.

En cambio, en España, el reconocimiento del extranjero como sujeto de derecho ha ido de la mano de la evolución legislativa y no la constitucional. Aunque se encuentren algunas referencias en la Constitución de 1812, 1869 y 1876, es recién la carta fundamental de 1978 la que explícitamente hace una referencia al extranjero como titular de derechos y libertades públicas.

La Constitución gaditana de 1812, en su art. 5.º, establecía tanto el *ius solis* como el *ius sanguinis* para la adquisición de la nacionalidad. Respecto a los extranjeros, estos podían ser españoles siempre y cuando hubieran obtenido de las Cortes cartas de naturaleza o

[1080] STEFONI, C., op. cit., p. 83.

que, sin contar con la carta, llevaran 10 años de vecindad en cualquier pueblo de la monarquía.

El Real Decreto de Extranjería del 17 de noviembre de 1852 representó el punto culmine en la evolución de la tradición jurídica española, que transitó de regímenes separados hacia la equiparación entre extranjeros y nacionales[1081]. Esta regulación establecía quienes eran considerados extranjeros según su lugar de nacimiento (fuera de los territorios de España) o si su madre era española, siempre y cuando no hubieren reclamado la nacionalidad española. Además, distinguía entre extranjeros domiciliados o transeúntes, cuando "*residan en España sin haber adquirido carta de naturaleza o ganado vecindad con arreglo a las leye*s". (art. 3.º)

Esta condición civil de los extranjeros domiciliados y transeúntes era de gran relevancia, pues brindaba a los extranjeros, que cumplían con los requisitos establecidos para mantenerse en el territorio español, la oportunidad de ejercer ciertos derechos como el derecho a entrar y salir de España de manera libre y circular con igual libertad en su territorio bajo las normas, así como la posibilidad de adquirir y tener bienes raíces, practicar la industria y tomar parte en todas las empresas que no estén reservadas por ley a los súbditos españoles.

La Constitución de 1869 reconoció, por primera vez a nivel constitucional, derechos expresamente a los extranjeros, entre los que figuraban la prohibición (tanto para españoles como extranjeros) de ser detenido ni preso sino por causa de delito o la inviolabilidad del domicilio en el caso de un extranjero residente en España, salvo en casos urgentes o para auxiliar a otra persona. Sin embargo, esta Constitución distinguía una serie de derechos y deberes dependiendo si se era español o extranjero. Por ejemplo, los derechos de opinión, reunión y asociación solo estaban consagrados para los españoles, así como el acceso a los empleos y cargos públicos.

[1081] MOYA MALAPEIRA, David. *Las medidas de alejamiento de extranjeros en el sistema de control migratorio español* [en línea]. Tesis doctoral presentada en la Universidad de Barcelona, 2004, p. 54. [Fecha de la consulta: 26 de abril de 2024]. Disponible en https://fundaciobofill.cat/es/publicaciones/las-medidas-de-alejamiento-de-extranjeros-en-el-sistema-de-control-migratorio-espanol.

El modelo de equiparación se mantuvo a nivel legislativo durante el siglo XIX. Los extranjeros tenían derechos civiles y procesales similares a los de los ciudadanos de España, de modo que el sistema legal español no diferenciaba entre nacionales y extranjeros en términos del disfrute de sus bienes, así como en el desempeño de la actividad comercial e industrial. Este principio se aplicaba siempre que la titularidad de derechos propios de la ciudadanía española no estuviera en juego.

Esto se vio reflejado en el Real Decreto de Extranjería de 1825 y, posteriormente, en la promulgación del Código Civil español en 1889, que establecía expresamente la equiparación entre extranjero y nacionales, señalando que "*Los extranjeros gozan en España de los derechos que las Leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2.º de la Constitución del Estado o en tratados internacionales*".

Esta primera aproximación histórica permite llegar a una primera conclusión: las constituciones en el régimen español tenían un carácter meramente político, dejando el plano normativo en la ley, específicamente el código civil, lo que se tradujo, más adelante, en que el principio de equiparación entre nacionales y extranjeros no se traspasara a las Constituciones futuras, sino que permaneciera en el código civil.

La Constitución de 1876 reconocía expresamente la titularidad del derecho a circular libremente en el territorio español, ejercer industria y dedicarse a una profesión a los extranjeros. Sin embargo, aquellos cargos que tuvieran aneja autoridad o jurisdicción no podían ser ejercidos por ellos salvo que estuviesen naturalizados.

La Constitución de 1931 consagró el derecho a emigrar o inmigrar, quedando solo sujeto a las limitaciones que la ley estableciera. Además, su art. 23 establecía quiénes eran españoles, reconociendo el *ius sanguinis* de aquellos nacidos tanto dentro como fuera de España de madre o padre español. Asimismo, reconocía españoles a los nacidos en el territorio español de padres extranjeros (siempre que optaran a la nacionalidad española de acuerdo con la ley); a los nacidos en España de padres desconocidos; a los extranjeros que obtuviesen carta de naturalización y a los que hubieran ganado vecindad en algún pueblo de la República. Como se puede apreciar, hay un cambio respecto a la Constitución anterior, ya que no se reconoce el *ius solis* salvo que el origen de los padres se desconociera, en cuyo caso se otorgaba la nacionalidad española.

Durante el régimen franquista, su orientación represiva quedó manifestada en la regulación de extranjería, desconociendo a las personas extranjeras como titulares de derecho y quedando de manifiesto en el Fuero de los Españoles de 1945.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 rompe, en términos de la presente investigación, el modelo de equiparación que se había mantenido durante el siglo XIX, introduciendo un sistema de titularidad selectivo o diferenciado en el capítulo primero denominado "De los españoles y los extranjeros".

TERCERO.- En cuanto a la construcción de la regla de titularidad, en Chile, la atribución de titularidad de un derecho requiere de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, positivizado en reglas constitucionales generales o titularidades fragmentadas. Esto significa, en primer lugar, que la titularidad debe estar reconocida de manera explícita en una norma de la Constitución. En segundo lugar, permite que los órganos de los Estados, en el ejercicio de sus competencias constitucionales (artículos 6.º y 7.º de la CPR), puedan especificar y concretizar las normas de titularidad de derechos; pero su ejercicio, restricciones o limitaciones se encuentran sujetas a la garantía de la reserva legal.

Si se considera que la regla de titularidad chilena tiende a un modelo de equiparación del nacional con el extranjero, es necesario observar, a su vez, que la base de esta regla se construye desde el principio de la igualdad en una perspectiva, a lo menos, universal. Aquí, el principio de igualdad juega un doble papel: por un lado, el de principio de equiparación, de no discriminación de las personas o situaciones entre las que puedan existir diferencias; y por otro, como principio de diferenciación, en el trato particular entre unas u otras personas.

El modelo de equiparación puede ser estudiado desde dos enfoques distintos. En primer lugar, desde la perspectiva que equipara, sin diferencias, a todos los individuos como poseedores de derechos. En segundo lugar, desde una óptica en la cual se equipara a los individuos extranjeros a la condición de "ciudadano" del Estado de acogida[1082].

[1082] FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, Encarnación. "Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica", en *Anuario de filosofía del derecho*. 1994. N.° 11, p. 142.

Desafortunadamente, no hay sistemas constitucionales que definan una igualdad sin ninguna diferencia aplicable. Además, en términos prácticos, en relación a la posesión de derechos entre ciudadanos y extranjeros, de una manera u otra, pueden existir restricciones y/o limitaciones en el mismo texto constitucional, por lo que el primer modelo es casi imposible de identificar.

En el caso del segundo modelo, Chile realiza la equiparación del extranjero al nacional chileno en función a los años de residencia en el país y a la causal de adquisición de la nacionalidad chilena. Así, cumpliendo un determinado tiempo de avecindamiento en el territorio nacional sumado, en algunos casos, a la posesión de una carta de nacionalización, el extranjero adquirirá plenos derechos en igualdad de condiciones que un nacional, pudiendo ejercer el derecho a sufragio, optar a cargos de elección popular o poder trabajar en aquellos empleos destinados solamente a chilenos.

En España, la regla de titularidad de derechos de las personas extranjeras se encuentra expresamente establecida en el art. 13.1 de la CE. Este artículo señala que las personas extranjeras gozaran, en España, de las libertades públicas que garantiza el título I en los términos que establezcan los tratados y la ley y, en los casos de derechos políticos, solo serán titulares en caso de existencia de criterios de reciprocidad establecidos por un tratado o la ley, para efectos del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Es evidente que la Constitución de 1978 adopta una posición restringida de la titularidad de derechos humanos, condicionando su ejercicio a lo establecido en los tratados y en las leyes. Sin embargo, no entrega mayores luces respecto a la forma en que esa titularidad será reconocida y cómo los extranjeros podrán ejercer los derechos fundamentales. La CE no impone un principio de equiparación obligatoria entre extranjeros y nacionales, pero tampoco autoriza que la legislación condicione de manera libre el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros.

Admite, "un principio de equiparación restringida", que se basa en la dignidad humana del artículo 10.1 CE y en el reconocimiento internacional de los derechos humanos del artículo 10.2 CE, y que, conforme al artículo 13 CE, todos los derechos constitucionales

(excepto el derecho a sufragio activo y pasivo a excepción de las elecciones locales), también son derechos de las personas extranjeras.

La interpretación de esta norma y la construcción de estatuto jurídico de las personas extranjeras en España ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia. Con anterioridad al año 2007, el TC analizó la titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros desde la óptica del art. 13.1 CE, partiendo de una interpretación amplia de la expresión "libertades públicas", elaborando la clásica y conocida teoría tripartida de los derechos: derechos que corresponde por igual a españoles y extranjeros; derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y derechos que pertenecerán o no a españoles y extranjeros según lo determinen los tratados y las leyes.

Sin embargo, a partir del año 2007, el Tribunal Constitucional español a través de su sentencia 236/2007, modifica la interpretación hasta ese entonces establecida respecto a los derechos de las personas extranjeras, al introducir un mayor grado de conexión con la dignidad humana para configurar la titularidad de derechos fundamentales de los extranjeros. Es decir, no es que haya derechos que no estén vinculados a la dignidad humana: todos los derechos lo están, pero en grados de conexión diferentes. El Tribunal Constitucional utilizó el criterio de conexión con la garantía de la dignidad para definir qué derechos deben ser aplicados de manera idéntica a españoles y extranjeros, pero incluyendo un juicio adicional: el nivel de conexión y grados de dependencia entre ellos en atención a su dignidad, utilizando para ello la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los instrumentos internacionales ratificados por España en la materia.

A pesar de esta construcción de titularidad a nivel jurisprudencial, la presente investigación se adhiere a la reflexión de la profesora María Camino Vidal Fueyo, al señalar que "el Tribunal Constitucional aún no ha llevado a cabo una interpretación cerrada del régimen de derechos fundamentales de los extranjeros en España, ni ha creado un cuerpo de sentencias que respondan a un mismo esquema metodológico, aunque sí podemos encontrar una serie de elementos comunes entre todas ellas, elementos que vuelven a proyectarse sobre los recientes pronunciamientos de finales del 2007"[1083].

[1083] VIDAL FUEYO, María del Camino. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007", en *Revista Española de Derecho*

Sin perjuicio de lo anterior, y en la misma línea propuesta por el profesor Eduard Roig, no se trata de rediseñar el régimen constitucional de la extranjería sino de adecuar su marco teórico a la realidad de las sentencias constitucionales y a la jurisprudencia (en este caso) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esto permite flexibilizar al máximo las posibilidades de dar respuesta con criterios reales a las cuestiones prácticas que se plantean en la actualidad, que no está normalmente entre las distinciones entre nacionales/extranjeros, sino entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular[1084].

CUARTO.- Desde la perspectiva del reconocimiento de derecho fundamentales a las personas extranjeras, la incorporación de una cláusula genérica "a todas las personas" en el texto constitucional chileno, en el mismo sentido y artículo que la cláusula de igualdad, es meramente aparente, ya que el mismo texto constitucional establece excepciones, limitaciones y restricciones a los extranjeros tanto en la titularidad como en el ejercicio de determinados derechos.

El texto constitucional de Chile de 1980 establece la dignidad humana en dos supuestos: primero, en su artículo 1.º como base de la institucionalidad al señalar *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*; y segundo, como límite al *ius puniendi* del Estado, en su art. 5.º inciso 2.º, al indicar que *el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*.

El texto constitucional no entrega una definición sobre dignidad humana, por lo que ha sido el Tribunal Constitucional Chileno quien ha desarrollado una amplia jurisprudencia relativa al concepto de dignidad humana, señalando que "la dignidad, a la cual se alude en el artículo 1.º inciso 1.º CPR, principio capital de nuestra Constitución, es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente

Constitucional. 2009. N.° 85, pp. 353-379. En un mismo sentido, VIANA GARCÉS, Andrée. "De cómo hacer el quite a la igualdad. Jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de las personas extranjeras". En: APARICIO WILHELMI, Marco (edit.) *Contracorrientes: apuntes sobre igualdad, diferencia y derechos*. Girona: Editorial Documenta Universitaria, 2011; IBAÑEZ MACÍAS, Antonio. "Los derechos de los extranjeros en la Constitución española. Una interpretación lógico -sistemática", en *Revista Vasca de Administración Pública*. 2019. N.° 114, pp. 170- 160.

[1084] ROIG, E., op. cit., p. 605.

de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados (considerando 17)"[1085].

En cambio, la Constitución española reconoce la dignidad de la persona como fundamento de orden político y de la paz social en el art. 10.1 CE. La dignidad humana es el fundamento de la legitimación del orden político español en su conjunto, convirtiéndose este precepto en el principio rector supremo del ordenamiento jurídico en la clase o en el núcleo de todo el sistema de valores constitucionalmente establecidos en la carta fundamental española[1086]. Sin embargo, a diferencia de su homólogo chileno, el TC español no ha sido claro en la determinación del concepto de dignidad. En algunos casos, es considerada un valor espiritual e inherente a la persona[1087].

En algunos casos, el Tribunal Constitucional español le otorga la dignidad humana la condición de principio, constituyéndose en un parámetro de los derechos fundamentales o en un canon interpretativo. En otras ocasiones la establece como un límite a otros derechos (vinculándola como una garantía); y, en otros casos, como parámetro de interpretación del alcance de los derechos con un contenido material concreto, especialmente en los casos de propagación del odio racial.

En materia de extranjería, la dignidad humana, junto con el principio de igualdad, han resultado muy útiles a efecto de la determinación de la titularidad de derechos de los

[1085] Sentencia Tribunal Constitucional 389-03, 28 de octubre de 2003, sobre proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis financiero y modifica el código penal en materia de lavado y blanqueo de activos.

[1086] MARÍN CASTÁN, María Luisa. "La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales", en *Revista de Bioética y Derecho*. 2007. N.° 9, p. 5. Sin embargo, el artículo 1.1 de la Constitución no menciona la dignidad de la persona entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, lo que ha sido motivo de discusión y ha generado polémica en la doctrina científica que se ha vinculado, por lo demás, al amplio debate académico que denunciaba la imprecisión terminológica en que incurre el propio texto constitucional, en lo relativo a la utilización que en él se hace de las "categorías" y "principios" o al "uso polivalente" y no siempre uniforme de estos últimos. Tales problemas semánticos y conceptuales se agudizan, ciertamente, con la inclusión de categorías como la dignidad de la persona que, aducidas por la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social, no se le reputa valor superior ni principio, sino literalmente "fundamento", lo cual complica aún más las cosas. Por ello, han abundado opiniones que sostienen que la dignidad de la persona ha sido devaluada en la Constitución. Así, desde estas posiciones se sostiene que su ubicación exacta como fundamento ontológico de los demás valores, hubiese correspondido al art. 1.1 donde se "propugnan" los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de derecho y que, además, en el enunciado de la frase su lugar es el primero, por serlo no solo en sentido ontológico, sino también lógico.

[1087] Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril de 1985 (Recurso de Inconstitucionalidad 800/1983). Esta sentencia declara disconforme con la constitución el proyecto de ley orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del código penal (Despenalización del aborto).

extranjeros, incluso para complementar sus elementos y sus condiciones de ejercicio, así como sus límites y las garantías.

Esto queda de manifiesto en los derechos relativos al ejercicio de derecho políticos (art. 13 y 14 CPR); la libertad de circulación (art. 19 N.° 7 letra c CPR) y el derecho a la libertad de trabajo (art. 19 N.°16 CPR). En el primer caso, se presenta una limitación expresa en el mismo texto constitucional, al vincular la calidad de ciudadano con la de nacional, siendo esta última requisito *sine qua non* para ser considerado ciudadano chileno, ejercer el derecho a sufragio y optar a cargos de elección popular. Los extranjeros, para ejercer su derecho a voto, deben cumplir con el requisito que la misma CPR señala: estar avecindados por más de 5 años en el país y cumplir con los requisitos que también le son exigidos a los chilenos (tener 18 años de edad y no estar condenado a pena aflictiva). Respecto a la posibilidad de ejercer cargos públicos, deben estar nacionalizados y llevar más de 5 años en posesión de sus cartas de nacionalización.

España es más restrictivo que Chile al momento del reconocimiento de derechos políticos, limitando el ejercicio al derecho a sufragio solo a las elecciones locales para aquellos extranjeros que lleven más de 5 años de residencia en el territorio, estén inscritos en el censo electoral y, por sobre todo, que existan tratados o acuerdos recíprocos con el país del cual es nacional. En otras palabras, quedan excluidos en el resto de las elecciones de representantes nacionales, lo que evidentemente corresponde a un trato diferenciado y excluyente de los nacionales frente a los extranjeros.

En el caso del derecho a la libre circulación, la modificación introducida al texto constitucional en mayo de 2023 modifica el plazo de detención de las personas de 48 horas a, incluso, 5 días, en caso de que se tratare de personas extranjeras sujetas a una orden de expulsión administrativa que deba materializarse, delegando en la ley la obligación de fijar este plazo máximo.

Esta norma es una diferenciación explicita entre extranjeros y nacionales y, aún más, entre extranjeros en situación regular y aquellos que se encuentran sujetos a una medida de expulsión administrativa. Es posible incluso cuestionar si esta diferenciación resulta del todo arbitraria, toda vez que la medida de detención es establecida en la ley y no por una orden de un juez competente ni tampoco en el caso de una situación de flagrancia.

En el inciso anterior del precepto señalado, se establece como hipótesis que, en el caso en que se arreste o detenga a una persona, se deberá dar aviso a un juez competente dentro de las 48 horas siguientes para poner al afectado a su disposición. Si bien la Ley de Migración y Extranjería de Chile habla de "resolución firme y ejecutoriada" al efecto de materializar la expulsión, en muchos casos las personas extranjeras no han podido recurrir ante la Administración o los Tribunales de Justicia respecto de la medida que les afecta. Aun cuando la norma establece que tienen derecho a comunicarse con familiares y/o abogados y a mantener a la vista un listado actualizado de los datos de la Corporación de Asistencia, se desconoce si esta obligación, por parte de la Policía, se está realizando y cuántas de esas personas extranjeras efectivamente pueden ejercer su derecho a la asistencia letrada.

Cabe destacar que el origen de esta modificación constitucional parte de una moción parlamentaria del sector más conservador del país, que alude a la crisis humanitaria que conllevó una irrupción de personas extranjeras al territorio derivada "del ingreso masivo de manera clandestina y por pasos no habilitados, de miles de personas (…) escapando de gobiernos de extrema izquierda que ha deteriorado las condiciones democráticas de su nación de origen, hasta el punto de que se vean impulsado a buscar nuevas oportunidades en Chile".[1088] Esta idea de control del flujo migratorio, aumentando los plazos de detención para materializar expulsiones de manera más expedita, no es otra cosa que un reflejo de la política migratoria discriminadora del país enfocada en la seguridad interior del Estado y en la criminalización de las migraciones.

En cambio, el TC español, en el año 1993, consideró que los extranjeros pudiesen ser titulares de los derechos constitucionales a residir y desplazarse libremente establecidos en el art. 19 CE. Reconoce la libertad del legislador de modular el ejercicio de este derecho en cuanto a la entrada permanente de extranjeros en el país de manera amplia, pero no absoluta, debiendo respetar siempre lo dispuesto en los tratados internacionales que se encuentran ratificados por España.

[1088] Boletín N.° 15.438-06. Proyecto de reforma constitucional iniciado en moción de los honorables senadores señora Ebensperger y señores Coloma, Durana, Macaya y Van Rysselberghe, que modifica la carta fundamental en materia de regulación migratoria.

Esta sentencia debe leerse a la luz de su pronunciamiento en el año 199 sobre detención administrativa en frontera, la cual solo puede realizarse en la forma prevista en la ley y respetando el principio de limitación temporal de la detención. Lo relevante aquí, señala el TC, es la limitación de movimientos del extranjero, sin ningún título jurídico que lo legitime, a un único espacio limitado y cerrado de territorio español, lo que es claramente una diferencia de trato entre extranjero y nacional y, aún más, entre extranjeros en situación regular e irregular.

En materia de derechos sociales, el Tribunal Constitucional ha sido más progresista y avanzado que su homólogo chileno al ampliar la titularidad de derechos a las personas extranjeras en el acceso universal a la sanidad, incluido aquellos en situación irregular.

Por último, respecto a la posibilidad de discriminar en materia laboral entre extranjeros y chilenos, basándose en la nacionalidad, la misma CPR establece que la ley deberá señalar qué empleos se establecerán únicamente para los nacionales; si se entiende que la nacionalidad es una categoría sospechosa de discriminación y, en materia laboral, solo se permite excluir a una persona de un determinado trabajo en razón de la capacidad o idoneidad personal para dicho empleo.

Si bien es posible considerar que los empleos a los que hace alusión la norma constitucional dicen relación con aquellos cargos que se vinculan con materias de seguridad o interés de la nación, en la práctica no existe una justificación evidente para realizar tal discriminación.

A modo de ejemplo, si bien el Estatuto Administrativo establece el requisito de ser ciudadano para ingresar a la Administración del Estado y, en caso excepcionales determinados por la autoridad, puede designarse a extranjeros a empleos a contrata, no existe una justificación mayor que explique esta diferenciación entre chilenos y extranjeros.

QUINTO.- Las diferencias en el plano internacional también inciden en el sistema constitucional de titularidad de derechos. El derecho chileno, a la fecha, no ha resuelto la jerarquía de los tratados internacionales dentro del sistema de fuentes, por lo que su

ubicación y aplicación frente al derecho interno ha sido resuelta por los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Constitucional caso a caso.

En el caso de los Tribunales Superiores de Justicia, no existe de manera explícita una referencia a la jerarquía de los tratados. Sin embargo, en varios de sus fallos relativos a los derechos de las personas migrantes, se puede apreciar como aquellos tratados internacionales que versan sobre derechos humanos han sido aplicados directamente para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, incluso por sobre la normativa legal nacional.

Esta aplicación de los tratados encontraría su fundamento en la reforma constitucional del año 1989, del artículo 5.° CPR, que agregaba a la obligación del Estado el respetar los derechos esenciales que emanaban de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución. Es decir, se adicionaba a su inciso segundo una habilitación constitucional de reconocimiento de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

Esta habilitación constitucional del artículo 5.º pareciera ser meramente declarativa, ya que el texto constitucional no establece un orden de jerarquía de los tratados internacionales, así como tampoco su aplicación supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional o legal, por lo que la aplicación y reconocimiento de los derechos fundamentales, en este caso de los inmigrantes, debería estar protegida reconociendo su titularidad de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos que versan sobre la materia.

La magistratura constitucional chilena ha señalado que los tratados internacionales tienen la misma jerarquía que una ley. Sin embargo, en materia de derechos humanos de los migrantes, al aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, reconoció que toda persona tiene el derecho a emigrar de su país citando el art. 13 de la DUDH. Este reconocimiento al derecho a emigrar no supone el deber estatal de ser recibido pero en virtud del DIDH (específicamente el PIDCP y la CADH) exige un particular cuidado en el ejercicio de la potestad administrativa y legislativa de cada Estado al establecer limitaciones de los derechos fundamentales invocados.

En el caso español, el tratado internacional tiene aplicación directa una vez publicado en el BOE, creándose así la vía por la cual se aporta la recepción del derecho internacional al derecho interno (art. 96.1 CE). Sin embargo, no existe una posición del todo clara de la jerarquía del tratado en el sistema de fuentes, por lo que es posible entender, a la luz del art. 95.1, que existiría una posición subordinada del tratado a la Constitución, toda vez que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional[1089].

Sin embargo, el art. 10.2 CE también se refiere a los tratados internacionales, pero enfocado a los tratados que reconocen derechos fundamentales, otorgándoles una nueva y diferente eficacia. Esta consiste en la operatividad de los tratados internacionales de derechos humanos como canon de interpretación de los derechos y libertades incluidos en la Constitución española.

Por lo tanto, se puede concluir que la cláusula de interpretación de esta norma permite al Tribunal Constitucional, al momento de fallar, elevar el estándar de protección de los derechos humanos. El canon interpretativo del artículo 10.2 CE es comprendido independientemente de la posición que los acuerdos internacionales puedan ocupar en el sistema interno de las fuentes del derecho.

Respecto a lo anterior, el TC ha señalado de manera rotunda que este precepto no permite la incorporación al catálogo constitucional de nuevos derechos que no estén contemplados en el texto constitucional. De este modo, la cláusula del artículo 10.2 CE tendría un carácter meramente interpretativo respecto a los derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional, y no un carácter inclusivo de nuevos derechos que no estén previamente reconocidos en su articulado.

Es importante recordar que el sistema español se encuentra inmerso en otro sistema internacional distinto a los otros continentes, que es el derecho comunitario. Debido a esto, la aplicación del derecho internacional y la elevación de este estándar de protección dependerá también de las instrucciones, directrices y reglamentos que ordene el sistema

[1089] Ídem.

comunitario y la transposición de normas que deban realizar los países miembros de la Unión Europea.

Respecto al derecho europeo, específicamente los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004[1090] señaló que, en la medida en que la presente carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho convenio.

SEXTO.- Las construcciones jurisprudenciales en materia de titularidad también tienen una diferencia importante entre ambos sistemas. Como se afirmó anteriormente, el sistema jurisdiccional chileno, en materia de protección de derechos fundamentales, se encuentra radicado en la justicia ordinaria a través del ejercicio de las acciones constitucionales (recurso de protección y *habeas corpus* en el caso de libertad de circulación y seguridad personal).

El Tribunal Constitucional chileno no conoce de acciones de vulneración de derechos fundamentales, sino de acciones de inaplicabilidad de un precepto legal: ya sea que su aplicación en un caso concreto puede resultar inconstitucional, o directamente porque la norma adolece de algún vicio de constitucionalidad. En el primer supuesto, las sentencias de la judicatura constitucional tienen efecto *inter partes.* En el segundo caso; sus sentencias no tienen un efecto vinculante para los tribunales ordinarios, salvo que su sentencia diga relación con la declaración de inconstitucionalidad de un precepto, el cual, es expulsado del ordenamiento jurídico en cuyo caso tendrá efectos *erga omnes*. La obligatoriedad en ambas acciones es para los órganos públicos, prohibiéndoles realizar interpretaciones a la Constitución que sean contrarias a los lineamientos que ha señalado el TC, pero eso no implica que los Tribunales Superiores puedan razonar de manera

[1090] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. "Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 (Requerimiento 6603-2004). Boletín Oficial del Estado, de 04 de enero 2005, número 3. La duda de constitucionalidad planteada por el Gobierno de la nación se refiere a tres preceptos del tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, los artículos I-6, II-111 y II-112. Además, el Gobierno requiere a este tribunal para que se pronuncie sobre la suficiencia del art. 93 de la CE para dar cauce a la integración del Tratado en el Ordenamiento Interno o, en su caso, sobre el procedimiento de revisión constitucional pertinente para adecuar la Constitución al tratado con anterioridad a su integración.

distinta (no en términos de fallar contra la Constitución o la interpretación del Tribunal Constitucional, sino en el razonamiento y aplicación de una norma para resolución de un caso).

Aproximadamente desde el año 2013, en relación con acciones constitucionales de protección y peticiones de expulsión, la Corte Suprema de Justicia estableció una serie de criterios que la administración debe considerar al aplicar una sanción de expulsión, como la proporcionalidad, la reunificación familiar, la aplicación directa de los tratados internacionales, entre otros.

Estos criterios quedaron plasmados en la nueva legislación migratoria, pero en la práctica la Administración no los ha considerado al momento de ponderar la aplicación de una medida de expulsión. La Corte Suprema tampoco ha mantenido un criterio uniforme en la materia, confirmando muchas veces las expulsiones decretadas por el Servicio Nacional de Migraciones aun cuando existen vínculos con chilenos o la sanción no resulta del todo proporcional. Un estudio acabado de esta tendencia tendría que realizarse exclusivamente respecto a las acciones constitucionales interpuestas a partir del año 2022, las que a la fecha suman más de 3000, lo que hace muy complejo y casi imposible de abordar en esta investigación.

A diferencia de Chile, el Tribunal Constitucional español ha construido, a lo largo de su jurisprudencia, una interpretación y aplicación de la norma del art. 13.1 CE. En primer lugar, estableció una clasificación de derechos en el año 1984 señalando que los derechos de los extranjeros son de configuración legal, y que la igualdad o desigualdad respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos del Título I, por parte de extranjeros, dependerá de los tratados internacionales y la ley. Con esta idea nació la denominada clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros: distinguiendo primero aquellos derechos que pertenecen a extranjeros en condiciones de igualdad con los nacionales; en segundo lugar, aquellos derechos que en ningún caso pueden pertenecer a los extranjeros ni tan solo por prohibición legal (como los contenidos en el art. 23 CE); y por último, aquellos derechos cuyo ejercicio por parte de los extranjeros podrá ser sometido a diferencias de trato con los españoles.

Posteriormente, en el año 1987, consideró que el art. 13.1 CE reconoce al legislador la posibilidad de establecer límites específicos al ejercicio de algunos derechos fundamentales por parte de los extranjeros, "pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando este haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros (…) una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales." [1091]. (Fj.3)

Sin embargo, la tesis de la desconstitucionalización de los derechos fue perdiendo fuerza progresivamente a medida que iba aumentando la labor interpretativa llevada a cabo tanto por los Tribunales Ordinarios de Justicia, el Tribunal Constitucional y la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SÉPTIMO.- Los sistemas de protección internacional en los cuales se encuentra adherido cada Estado, también repercuten en la construcción de la titularidad de derechos de las personas extranjeras.

Si bien ambos Estados son parte de la mayoría de los pactos internacionales y tratados de derechos humanos, la misma fragmentación de estos instrumentos internacionales no ha permitido realizar, de manera global, una titularidad amplia, o más bien universal, del reconocimiento de los derechos fundamentales de los extranjeros.

Las discusiones actuales en torno a la universalidad de los derechos humanos, específicamente aquella vinculada al relativismo cultural o la visión occidentalizada de los mismos sin considerar los procesos de globalización o el tránsito de las fronteras entre un Estado a otro, abre un abanico de discusiones que erosionan, de una u otra forma, la idea de universalidad de los derechos humanos.

[1091] VIDAL FUEYO, M., "*Constitución*…", op. cit., p. 117; ROIG, E., op. cit., p. 593.

La DUDH contiene normas que restringen la titularidad de derechos a los no nacionales, limitando el ejercicio de ciertos derechos en particular: en primer lugar, respecto al derecho de participación política, y, en segundo lugar, al ejercicio del derecho a la libre circulación. Esto se repite en otros instrumentos como el PIDCP.

Una muestra de ello es que nos existe una titularidad específica de derecho humanos a las personas extranjeras a nivel internacional. La constante tensión entre el principio de soberanía estatal y los derechos humanos tiende a inclinarse a favor de los Estados receptores de inmigrantes, más que a las propias personas migrantes.

La situación de vulnerabilidad en que pueden encontrarse las personas extranjeras no está contemplada, a nivel de la comunidad internacional, en un instrumento especifico que obligue a las partes contratantes a respetar y proteger a los extranjeros como sujetos titulares de derechos humanos en sus territorios. Esto se debe a que la vulnerabilidad está vinculada a otras condiciones específicas, por lo general de grupos históricamente discriminados o en situaciones de desventaja frente a otros grupos, como las mujeres, los niños o las personas LGBTQ+, recogido en diversos instrumentos como la CEDAW, CDN, etc.

España, a diferencia de Chile, no es parte de la Convención Internacional ni de la Convención de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares que, si bien es un texto con un sujeto titular de derechos específicos (el migrante laboral), entrega a lo menos lineamientos básicos de tratamiento de los derechos de las personas extranjeras que llegan a trabajar a un determinado Estado. La no adhesión del Estado español a esta convención es una muestra clara de la política migratoria que sigue dicho país y que se enmarca en la línea de la mayoría de los países receptores de inmigración que no son parte de dichos instrumentos.

A esto se suma que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sus recomendaciones y ordenanzas pueden ser consideradas como *soft law* y gozar de una efectividad potencial dentro de los Estados adherentes, pero no son obligatorias.

Como se señaló anteriormente, la importancia de este análisis radica principalmente en que, mientras el Sistema Europeo de Protección de Derecho Humanos contiene un

catálogo reducido de derechos reconocidos a los extranjeros en el Convenio Europeo para las Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), pero que a su vez con una amplia jurisprudencia en la materia; el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce una gran cantidad de derechos humanos a los extranjeros, teniendo como base el principio de igualdad y no discriminación, pero lo engorroso de su sistema hace que la jurisprudencia relativa a extranjeros sea escasa.

Ambos sistemas regionales requieren, previamente, para accionar, del agotamiento de los recursos internos. Esto es una muestra de la naturaleza subsidiaria del TEDH y de la Corte IDH.

El SIDH solo permite que los Estados puedan presentar peticiones ante la CIDH, por lo que las personas de manera individual se encuentran imposibilitadas de acceder a una protección supranacional.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el instrumento principal es el Convenio Europeo de Derechos, cuyo órgano jurisdiccional es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La función principal del TEDH es conocer aquellos casos de solicitantes individuales que, una vez agotados los recursos internos, sigan viendo vulnerado su derecho fundamental por parte del Estado contratante. Es la única jurisdicción internacional a la que pueden acceder los particulares en igualdad de condiciones que los Estados.

Respecto a la construcción normativa de cada sistema, el SIDH ha elaborado el llamado "*corpus iuris* internacional" del SIDH, en el cual la Corte IDH se nutre del análisis de las disposiciones de la CADH a través del dialogo multinivel con el Sistema Universal de Derechos humanos y con especial consideración a los sistemas de protección de derechos europeos y africano. En materia contenciosa, la Corte IDH reconoció la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al *corpus iuris* interamericano en el caso *Gelman vs. Uruguay.*

Además, la Corte IDH, para hacer efectiva la protección y respeto de los derechos consagrado en la CADH ha creado, mediante su jurisprudencia, una herramienta denominada "control de convencionalidad" que permite a los Estados concretar la

obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la CADH[1092]. Este instrumento no aparece explícitamente como una construcción jurisprudencial del TEDH del uso y aplicación de la CEDH.

La discusión en torno a la universalidad de ambos convenios también es problemática. Para el ex relator de Naciones Unidas, Felipe Gonzales Morales, el SIDH carece en si de una universalidad efectiva en cuanto a su sistema de protección de derechos, especialmente por la falta de incorporación y ratificación de países como Estados Unidos, Canadá y algunos países angloparlantes del Caribe. La falta de universalidad del SIDH produce impactos negativos en la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas extranjeras. En primer lugar, respecto de los Estados que no han adherido en plenitud al sistema, al verse limitado el alcance que puede tener la CADH en ello y, en segundo lugar, respecto de aquellos países que si son parte de la convención, que suelen referirse a una situación discriminatoria respecto de ellos alegando, incluso, este pretexto como excusa para su incumplimiento.

La CADH extiende la titularidad de derechos a la persona que esté legalmente en el territorio de un Estado. Si bien este reconocimiento de titularidad se encuentra limitado por las regulaciones internas de los países de destino, pareciera ser más una titularidad aparente que universal, reconociendo la legalidad de las restricciones a la libertad de circulación vinculadas a los principios de legalidad y necesidad de control fronterizo de los Estados.

Por su parte, el CEDH, en su art. 1.º, reconoce el principio de universalidad de la CEDH, estableciendo la titularidad de los derechos adscrita a todos los seres humanos. El convenio no se limita a proteger solo a las personas europeas, sino que tiene un alcance

[1092] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nº 7 "Control de convencionalidad (actualización)*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021. Para mayor análisis, véase HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. "El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario Mexicano de Derecho Constitucional*. 2019. Vol. 19, 2019, pp. 327-355; HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. "Cimientos, auge y progreso desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes", en *Revista Chilena de Derecho*. 2018. Vol. 45, pp. 337-361; HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2016.

mucho más amplio ya que, al tener una dimensión universal, comprende a toda persona que se halle bajo la jurisdicción de un Estado parte, cualquiera sea su nacionalidad, incluso si carece de ella, quedando protegida por el CEDH en el goce de sus derechos y libertades fundamentales que en él se reconocen[1093].

De la redacción del art. 1.º CEDH, es posible desprender que los derechos y libertades reconocidos por el convenio son universalmente accesible a todas las personas, incluidos los extranjeros independientes de su nacionalidad (o la falta de nacionalidad en caso de apatridia), título de residencia o domicilio, siempre que se encuentren dentro de la jurisdicción de los Estados contratantes. Esto significa, al menos en la teoría, que los derechos y libertades reconocidos por el tribunal están universalmente disponibles para todas las personas, incluidos los extranjeros, ya sean nacionales o extranjeros o no nacionales de un Estado extranjero. Por lo tanto, las consideraciones de nacionalidad, residencia o domicilio son irrelevantes para determinar una reclamación de violación del convenio[1094].

En otras palabras, la titularidad de derechos de las personas se activa al momento de estar físicamente en el territorio del Estado parte. Sería suficiente con encontrarse físicamente en el territorio del Estado contratante o del Estado demandado para activar la protección de los derechos contenidos en el CEDH.

Tanto el CEDH como CADH prohíben la expulsión colectiva de extranjeros. Pero, a diferencia de lo establecido en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la prohibición de expulsar o devolver extranjeros a otro país (sea o no de origen), donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas, se encuentra expresamente establecida en la Convención Americana en su art. 22.8.

[1093] CARRILLO SALCEDO, J., op. cit., p. 21.
[1094] LAMBERT, H., op. cit., p. 9; COSTELLO, C., op. cit., p. 6. Así lo estipuló el TEDH en el caso *Irlanda vs. El Reino Unido*, al señalar que, "el convenio, a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, desborda el ámbito de la mera reciprocidad entre los Estados contratantes. Además de una red de compromisos sinalagmáticos bilaterales, crea unas obligaciones objetivas, las cuales, según los términos de su preámbulo, disfrutan de una 'garantía colectiva." Respecto a la reciprocidad entre los Estados, el convenio no se encuentra sujeto a esta doctrina tradicional como otros tratados internacionales, véase LAMBERT, H., op. cit., p. 8.

En ambos sistemas, la única excepción a la configuración de la titularidad genérica de la CADH se encuentra en su artículo 23 sobre derechos políticos, al reconocer este derecho solo a los ciudadanos, vinculando la ciudadanía con la nacionalidad. Es decir, para poder ser ciudadano se requiere ser nacional del Estado en que se encuentre.

A su vez, el CEDH establece, en su art. 16, la restricción a las personas extranjeras del derecho a la participación política, haciendo valer el principio de soberanía estatal, en el cual los Estados son soberanos en determinar quiénes entran, residen y egresan de su territorio, así como las formas y requisitos en que participarán en la toma de decisiones, influyendo en la sociedad, sea a través de asociaciones o del derecho a votar.

Por último, a efecto de extender la protección internacional a las personas extranjeras, la Corte IDH ha considerado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de su situación. Esto se verifica en el cumplimiento de los deberes especiales en la materia por parte de los Estados partes, lo que resulta necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

Los extranjeros se encuentran en situación específica de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos y en una situación individual de falta o de diferencia sustancial de poder, en comparación con la población nacional. Esta vulnerabilidad aumenta cuando se encuentran en situación de irregularidad administrativa, como por ejemplo, en la negativa del reconocimiento de derecho a la salud, a la educación y la vivienda, así como la exposición constante a eventuales medidas de expulsión del territorio.

Esta consideración a la vulnerabilidad de las personas migrantes no está en la jurisprudencia del TEDH, salvo en los casos específicos en que se vulneren los artículos 2 y 3 CEDH, es decir, aquellas acciones que atenten contra la vida de las personas migradas o puedan conllevar tortura, premios ilegítimos o malos tratos. La jurisprudencia del TEDH apunta más bien hacia situaciones de solicitantes de asilo y no específicamente a la titularidad de derecho de las personas.

Por lo tanto, se concluye, a partir de este estudio, que la cláusula de titularidad de derechos del sistema chileno, aun cuando se encuentra estipulada en clave de igualdad, es

meramente aparente, dado el amplio margen que se le otorga a la ley en la regulación de los derechos de las personas extranjeras. Aun cuando el legislador tiene la prohibición de alterar el contenido esencial de los derechos establecidos en la Constitución, se puede apreciar que, en la práctica, la actuación del legislador conlleva un menor estándar de protección de las personas extranjeras que redunda en una vulneración a sus condiciones materiales de existencia en los Estados de destino.

Es patente que, en ambos sistemas, el paradigma constitucional carece de las herramientas necesarias para abordar de una manera integral el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales de las personas extranjeras. Si bien la dogmática constitucional entrega elementos fundamentales como la reserva legal o el contenido esencial de los derechos, el estudio de estos elementos aparece olvidado por la doctrina en la construcción efectiva de un estatuto jurídico constitucional de las personas extranjeras; centrando los estudios y análisis en la jurisprudencia o en la normativa legal y olvidando, en la mayoría de los casos, que estas problemáticas están insertas en sistemas de supremacía constitucional en que la Constitución es la norma (en algunos casos, de máxima jerarquía) directamente aplicable.

Pero también es una norma social y política, que rige las bases de la ciudadanía, entendida esta última en un concepto amplio que incluye a todas las personas que son parte del acervo comunitario, sean nacionales y extranjeras. Por ende, las exclusiones deben estar debidamente justificadas previa habilitación constitucional.

Esto además ha sido confirmado a nivel internacional a través de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, en los cuales el principio de soberanía de los Estados en la materia prima por sobre los derechos de las personas. Esto se debe principalmente a que el paradigma internacional sigue centrado en los Estados como el sujeto principal de importancia, dejando a la persona humana en su segundo plano, dando respuestas más asistenciales y proteccionistas en lugar de tomar su lugar como actor principal dentro de las relaciones internacionales.

La necesidad de considerar en un plano de efectivo de igualdad a las personas extranjeras, respetando sus condiciones materiales de existencia, su vulnerabilidad y sobre todo su dignidad como personas resulta primordial en un mundo globalizado, donde la movilidad

humana sigue siendo un fenómeno de constante evolución y construcción de las sociedades civilizadas.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ACEITUNO SILVAR, David y QUINTEROS VENEGAS, José Manuel. "Antecedentes y herencias de la dictadura chilena en las ideas y legislación sobre migración (1953 – 2018), en *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*. 2019. Vol. 24, no. 2, pp. 49-74. ISSN: 0122-2066.

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. *Inmigración y Democracia*. Madrid: Alianza Editorial, 2012. ISBN: 978-84-206-7383-7

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo y MOYA MALAPEIRA, David. "El derecho de sufragio de los extranjeros residentes". En: AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, ARANGO VILA-BELDA, Joaquín, OLIVER I ALONSO, Josep (coords.). *La inmigración en la encrucijada*. Barcelona: Bellaterra, 2008, pp. 64-81. ISBN: 9789200176715

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. "Introducción: el marco general de los derechos de los migrantes". En: AJÁ, Eliseo (coord.) *Los derechos de los inmigrantes en España*. Valencia: Institut de Dret Públic de Barcelona/Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 9-24. ISBN: 9788498765786.

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (coord.) *La nueva regulación de la inmigración en España*. Valencia: Institut de Dret Públic de Barcelona/Tiran Lo Blanch, 2000. ISBN: 9788484421214.

ALDUNATE, Roberto. "Chile y el derecho de asilo", en *América / semanario del Comité Chileno (C.Ch.A.R.E.) de Ayuda a los Refugiados Españoles*. Santiago de Chile: Antares, 1939

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "La titularidad de los derechos fundamentales", en *Estudios Constitucionales*. 2003. Vol. 1, no. 1, pp. 187-201. ISSN: 0718-0195

ÁLVARES– OSSORIO, Fernando. "Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI- 1998)"en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1998. No. 56, pp. 135-162. ISSN: 0211-5743

ÁLVAREZ, Alejandro. "Crisis migratoria en Colchane: caos en la frontera", en *Revista Universitaria* [en línea]. s/f. No. 168. ISSN: s/d. [Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2023] Disponible en: https://revistauniversitaria.uc.cl/especial/crisis-migratoria-en-colchane-caos-en-la-frontera/16781/.

ÁLVEZ, Amaya. "Capítulo II: Norma y tipicidad iusfundasmental". En CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza. *Manual de derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago de Chile: Lom, 2018. ISBN: 9789560010100.

AMEZCÚA, Luis. "Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional*. 2007, No. 8, pp. 339-355. ISSN: 1870-8390.

AÑON, María José. “Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes”. En: AÑON, María José (ed.) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 9-26. ISBN: 8437058635

APARICIO PÉREZ, Miguel y BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercé (coord.) *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Atelier libros, 2016. ISBN: 978-84-16652-22-8.

APARICIO WILHEMI, Marco. “El cansancio de los derechos. La movilidad Humana como resistencia y transformación”. En: AÑAÑOS BEDRIÑANA, Karen (edit.) *El desarrollo humano y la protección de los derechos humanos en poblaciones vulnerables.* Madrid: Dykinson, 2021, pp. 99-112. ISBN: 9788413776156.

APARICIO WILHELMI, Marco (edit.) *Contracorrientes: apuntes sobre igualdad, diferencia y derechos*. Girona: Editorial Documenta Universitaria, 2011. ISBN: 9788499841076.

APARICIO WILHELMI, Marco. “Presupuestos teóricos, dogmática jurídica e interpretación constitucional de los derechos de las personas extranjeras en España”, en *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 2012. Año 10, no. 37, pp. 193-212. ISSN: 1870-2147

ARAUJO RENTERÍA, Jaime “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Critica”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2006, pp. 853-877 ISSN: 2346-0849.

ARCOS, Federico. “Vulnerabilidad frente a la dominación en las restricciones a la inmigración”. En: La Spina, Encarnación. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos No. 97. Migraciones y vulnerabilidad: alcance y protección*. Bilbao: Universidad de Deusto. 2021 pp. 13-34. ISBN: 9788413251387.

ARÉVALO ROBLES, Gabriel, NAVAS-CAMARGO, Fernanda, BELTRÁN CÁRDENAS, Lady. “La suspensión excepcional de la dignidad humana. migración intrarregional sudamericana en clave de estigmatización”, en *Derecho Penal y Criminología*. 2022. Vol. 43, no 115, p. 73-110. ISSN: 0121-0483.

ARIZA UGALDE, Eduard. “El *soft law* como parámetro formal de la vehiculación de los Derechos Humanos en el Derecho Positivo*”, en Revista Estudios Jurídicos*. Época 2, no. 22, pp. 1-35. ISSN: 1576-124X

BARNES, Javier. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*. 1998. No. 5, p. 15-50. ISSN: 1138-2848.

BARRIOS, GONZÁLEZ Boris. “La tutela del derecho a la igualdad en el constitucionalismo contemporáneo”. En *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional*, Numero 21, 2014, p. 17-29. ISISNN: 1870-8390

BASSA MERCADO, Jaime. *El Estado Constitucional. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2008. ISBN: 9789562387422

BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, en *Estudios Constitucionales*. 2015. Año 13, no. 2, pp. 103-124. ISSN: 0718-0195.

BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. “Capítulo XXX: Derecho de los migrantes”. En CONTRERAS Pablo y SALGADO Constanza (edits). *Curso de Derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2020, pp.1018-1046. ISBN: 9788413551753.

BASSA MERCADO, Jaime y VIERA ÁLVAREZ, Christian. “Capítulo IX: Contenido esencial de los derechos fundamentales”. En: CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza. *Manual de derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago de Chile: Lom, 2018, pp. 323-348. ISBN: 9789560010100.

BASSA MERCADO, Jaime, FERRADA, Juan Carlos y VIERA ÁLVAREZ, Christian. “La interpretación institucional de los derechos fundamentales en un Estado democrático de derecho”, en *Revista Mexicana de Derechos Constitucional*. 2017. No. 37, pp. 265-291. ISSN 1405-9193.

BASSA MERCADO, Jaime y GONZÁLEZ, Erick. “La diferencia como complemento de la igualdad en la protección de los derechos fundamentales”, en *Revista Derecho del Estado*. 2020. No. 47, pp. 113-143. ISSN 0122-9893.

BAUMGÄRTEL, Moritz “Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights”, In *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vo. 38 (I), Netherlands, 2020, p. 12-29. ISSN: 0924-0519.

BBC NEWS MUNDO. Por qué Chile y República Dominicana rechazaron el pacto mundial sobre migración de la ONU. En: *BBC* [en línea]. 11 de diciembre de 2018. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46524358

BERNAL-GÓMEZ, Daniel. “Capítulo XV: El individuo y su subjetividad internacional”. En: BERNAL-GÓMEZ, Daniel. *Tendencias académicas sobre derecho internacional público*. Tunja: Usta, pp. 256-270. ISBN: 9789585471054.

BERNAL-GÓMEZ, Daniel. *Tendencias académicas sobre derecho internacional público*. Tunja: Ediciones Usta, 2018. ISBN: 9789585471054.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “Historia de la Ley N°21.568, que modifica la Carta Fundamental en materia de regulación migratoria”, en *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 27 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8156/

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. “Eduardo Frei Montalva (1911-1982)”, en *Memoria Chilena* [en línea]. s/f. [consulta: 27 de mayo de 2022]. Disponible en http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3366.html

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. “La abolición de la esclavitud negra en Chile”, en Memoria Chilena [en línea]. s/f. Disponible en: http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-95115.html [consulta: 28 de julio de 2022]

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. “La reconquista española (1814-1817”), en *Memoria Chilena* [en línea]. Disponible en http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3671.html. [Fecha de la consulta: 29 de julio de 2022]

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. “La Constitución de 1833”, en *Memoria Chilena* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta 22 de abril de 2022]. Disponible en https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3506.html.

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. “Benjamín Vicuña Mackenna (1831-1886)”, en *Memoria Chilena* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 20 de mayo de 2022]. Disponible en http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-561.html

BLANC ALTERMIR, Antonio. “La universalidad de los derechos humanos: algunas reflexiones”, en *Social Review*. 2016. Vol. 5, no. 1, pp. 69-182. ISSN 2695-9755.

BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991. ISBN: 8486497159.

BONET PÉREZ, Jordi. “Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español”. En *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos No. 22,* Bilbao: Universidad de Deusto. 2003, pp. 5- 118. ISBN: 8474858763.

BONET PÉREZ, Jordi. “Historia y evolución de la protección de los derechos humanos”. En: BONET, Jordi y SANCHEZ, Víctor (coord.). *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*. Madrid: Editorial Huygens, 2008, pp. 33-72. ISBN 9788493598136.

BONET PÉREZ, Jordi. “Transformaciones contemporáneas del Derecho Internacional Público”. En: ÉSTEVEZ ARAUJO, José (ed.). *El derecho ya no es lo que era: transformaciones jurídicas en globalización neoliberal*. Madrid: Trotta, 2021, pp. 245-276. ISBN 9788498799934.

BONDIA GARCÍA, David. “Democracia, derechos humanos y sociedad civil”. En: BONET, Jordi y SÁNCHEZ, Víctor (coord.) *Los derechos humanos en el siglo XXI, continuidad y cambios*. Barcelona: Huygnes, 2008, pp. 297-334. ISBN 9788493598136.

BOZA MARTINEZ, Diego. “Procedural Rights protecting immigrants. Right to a fair trial (article 6) and right to an effective remedy (article 13)”. En: MOYA MALAPEIRA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden: Brill Nijhoff, 2021, pp. 118–140. ISBN: 9789004465688.

BOZA MARTÍNEZ, Diego. *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Cádiz: Universidad de Cádiz. ISBN: 9788498281200.

BUSSO Giuliana. “La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Derecho*. 2021. No. 87, pp. 405-432. ISSN 0251-3420.

BRAVO, Guillermo y NORAMBUENA Carmen. *Procesos migratorios en Chile: una mirada histórica-normativa*. Santiago de Chile: ANEPE, 2018. ISBN: 978-956-8478

CABELLOS, Miguel Ángel. “Tema 29: El principio de igualdad”. En APARACIO, Miguel y BARCELÓ, Mercè. *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Atelier Libros, 2003, pp. 599-618. ISBN: 9788416652228.

CAMPOAMOR, Clara. *El Derecho de la Mujer*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018. ISBN: 9788417508906.

CAMPOS HARRIET, Fernando. *Historia constitucional de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. ISBN: 9789561004054.

CAMPOY CERVERA, Ignacio. “Una propuesta de concepto y fundamento de los derechos humanos”, en Derechos y Libertades. 2022. Ép. 2, no. 47, pp. 149-182. ISSN 1133-0937.

CANO, Verónica y SOFFIA Magdalena. “Los estudios sobre migración internacional en Chile: apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada”, en *Papeles de población* [en línea]. 2009. Vol.15, no. 16, pp. 129-167. ISSN-e 1405-7425. [Fecha de la consulta: 24 de marzo de 2022]. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252009000300007

CANO, Verónica, MARTÍNEZ, Jorge y SOFFIA, Magdalena. “Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio”, en *Serie Población y Desarrollo*, Santiago de Chile: 2009. No. 88. ISBN: 978-92-1-323320-7

CARBONELL, Miguel. “El momento histórico fundacional de los derechos. Notas sobre la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, en *Estudios de Derecho.*2009.Vol. 66, no.148, pp. 59-79. ISSN: 0120-186.

CARDENAS, Nicolas. “Movimiento campesino y oportunidades de cambio político y social. La experiencia del Valle del Yaqui (1920-1950)” en *Estudios de historia moderna y contemporánea de México*. 2016. No. 52, pp. 69-87. ISSN 0185-2620.

CARMONA, Encarnación. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. 1994. No. 84, pp. 265-286. ISSN 0048-7694.

CARPIZO MACGREGOR, Jorge. “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, en *Revista Mexicana de Derechos Constitucional*. 2011. No.25, pp. 3-29. ISSN: 1405-9193.

CARRASCO DURÁN, Manuel. “El derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales. Nuevas realidades”, en *Cuadernos de derecho local*. 2010. No. 22, pp. 147-162. ISSN 1696-0955.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Tecnos, 2003. ISBN: 978-84-309-3937-4.

CASTILLA, Karlos. "Enforced disappearances in the context of migration: A brief review of General Comment Nº 1 of the Committee against Forced Disappearances". in *Torture Journal: Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture*. 2023. Vol. 33, no. 3, pp. 109-112. ISSN: 1018-8185.

CASTILLA, Karlos. "El artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Libertad de circulación y derecho de residencia", en *Papeles el tiempo de los derechos, Revista Huri-Age, Red tiempo de los Derechos*. 2023. No 22, pp. 1-26. ISSN: 1989-8797

CASTILLA JUÁREZ, Karlos. "La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras en treinta y cinco años de jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: SAIZ ARNAÍZ, Alejandro (dir.), SOLANES MULLOR, Jorge y ROA ROA, Ernesto (coords.). *Diálogos Judiciales en el sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valencia: Tiran Lo Blanch, 2017, pp. 357-381. ISBN: 9788491196068.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Las personas migrantes extranjeras en los textos constitucionales de América. En: *Constitución y minorías*. 2019. México: Derecho Global Editores, pp. 469-530. ISBN 978-607-8515-16-3.

CAZOR ALISTE, Kamel y BORDALÍ, Andrés. "La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980. (Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002)", en *Revista de Derecho*. 2019. Vol. 13, pp. 255-266. ISSN 0716-9132.

CAZOR ALISTE, Kamel y GUILOFF, Matías. "La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el Estado constitucional chileno", en *Anuario de Derecho Público*. 2011. No. 1, pp. 478-501. ISBN 9789563141382.

CHANO REGAÑA, Lorena. "Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo: especial referencia a los derechos fundamentales", en *Revista Universitaria Europea*. 2015. No. 23, pp. 151-174. ISSN 1139-5796.

CHOLEWINSKY, Ryszard y MACDONALD, Euan. *The Migrant Workers Convention in Europe. Osbtacle to the Ratification on the International Convention on the Protection of the Right of All Migrants Workers and Members of their Faimilues; EU/EEA Perspectives*. París: Unesco, 2007.

CID, Gabriel. "Ritos para una nueva legitimidad: ceremoniales constitucionales y republicanismo en Chile (1812-1833)", en *Historia Crítica*. 2012. No. 47, pp. 17-43. ISSN 0121-1617.

COFRÉ LAGOS, Juan Omar. "Los términos 'dignidad', y 'persona'. Su uso moral y jurídico. Enfoque filosófico", en *Revista de derecho*. 2004. Vol. 17, pp. 9-40. ISSN 0716-9132.

COLMENARES, Neida., y ABARCA, Karelys. La migración a nivel local en Chile. Desafíos, demandas y políticas en tiempos de pandemia. *Si Somos Americanos,* vol. 22,

no. 1, 2022, pp. 164-192. ISSN 0718-2910 (impreso), ISSN 0719-0948 (en línea). DOI: 10.4067/S0719-09482022000100164.

COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. "Actas Oficiales de la Comisión Constituyente", en *Biblioteca del Congreso Nacional* [en línea].1981, p. 149. [Fecha de la consulta: 22 de mayo de 2022]. Disponible en: https://www.bcn.cl/portal/resultado-busqueda?texto=comisi%C3%B3n%20ortuzar&dc_source=&npagina=1&orden_por=1&orden_ad=desc&tipo_recurso=Acta%20Comisi%C3%B3n%20Ort%C3%BAzar

COMISIÓN ORTÚZAR. "Actas Comisión Ortúzar", en *Antecedentes Constitucionales Constitución de 1980* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 27 de junio de 2022]. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/consulta/antecedentes_const_1980

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. Análisis de la Sentencia N. D. y N. T. contra España de 13 de febrero de 2020 [en línea] s/f. [Fecha de la consulta: 22 de junio de 2022]. Disponible en: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf

COMUNE, Josefina y LUTERSTEIN, Natalia. "Artículo 29. Normas de interpretación" En: ALONSO REGUEIRA, Enrique (director) *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 2013, pp. 519-533. ISBN: 9789870324157

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Cortes de Cádiz 1810-1814", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 24 de abril de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/cortescadiz

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "El trienio liberal", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 24 de mayo de 2024]. Disponible en: https://www.congreso.es/es/cem/trielib

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS "Sexenio Revolucionario 1868-1874", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la visita 24 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/sexrevol

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Proyecto Constitución Federal República Española", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 26 de abril de 2023]. Disponible en https://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/cons1873_cd.pdf

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "La Restauración 1874-1923", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 24 de mayo de 2025]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/restaur

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Reinado de Alfonso XIII (190-1923)", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la visita: 24 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/reyalfonsoxiii

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Dictadura de Primo de Rivera. Asamblea Nacional 1923-1930", en Congreso de los Diputados [en línea]. [Fecha de la consulta: 24 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/primoriv

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Las Regencias y el Reinado de Isabel II (1833-1868)", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la visita: 25 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/crismod

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "II República Española 1931-1939", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la visita: 24 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/es/cem/iirepesp

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. "Constituciones Españolas de 1812 a 1878", en Congreso de los Diputados [en línea]. s/f. [Fecha de la visita: 24 de mayo de 2024]. Disponible en https://www.congreso.es/cem/constesp1812-1978;
CONTRERAS, Pablo. "Titularidad de los Derechos Fundamentales". En, CONTRERAS, CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza. *Manual de derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago de Chile: Lom, 2018. ISBN: 9789560010100.

CORONA MACÍAS, Luis Antonio. "El procedimiento consultivo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nueva vía para el dialogo entre tribunales y la justicia multidimensional en derechos humanos" [en línea]. *BLOG del CEPC*, 27 de septiembre de 2023. [Fecha de la consulta: 01 de agosto de 2024]. Disponible en https://www.cepc.gob.es/blog/el-procedimiento-consultivo-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-nueva-para-el-dialogo-entre

CORVALÁN, Luis. *El gobierno de Salvador Allende*. Santiago de Chile: Lom, 2003. ISBN: 9562825760

COSTELLO Cathryn. *The Human Rights of Migrant and Refugees in European Law.* New York: Oxford University Press, 2016. ISBN: 9780199644742.

CRIADO, María Jesús. "Derechos ciudadanos y migración en perspectiva comparada. Tendencias y cambios recientes", en *Migraciones Internacionales*. 2008. Vol. 4, no. 4, pp. 173-208. ISSN: 1665-8906.

CRISTI, Renato. "La génesis de la Constitución de 1980: una lectura de las Actas de la Honorable Junta de Gobierno", en *Revista Ciencia Política*. 1998. Vol. 19, no.2, pp. 208-228. ISSN: 0718-090X.

CRUZ COKE OSSA, Carlos. "Constitucionalismo chileno y su evolución", en *Revista Actualidad Jurídica,* 2009. No.20, pp. 547-567. ISSN: 0717-5914.

CRUZ VILLALON, Pedro. "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1992. Año 12. No. 35, pp. 63-84. ISSN 0211-5743.

CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. "Alcances de la modificación del artículo 5° de la constitución Política Chilena en relación con los Tratados Internacionales", en *Revista Chilena de Derecho*. 1996. Vol. 23, no. 2 y 3, Tomo I, pp. 255–258. ISSN: 0716-0747

CUENCA GÓMEZ, Patricia. “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: la interpretación del art. 10.2 CE”, en *Revista de Estudios Jurídicos*. 2012, No. 12, pp. 1-24. ISSN: 1576-124X

CUSSEN, Celia. (2016). Raza y calidad de vida en el Reino de Chile. Antecedentes coloniales de la discriminación. En TIJOUX, María Emilia. (Ed.), *Racismo en Chile. La piel como marca de la inmigración* (pp. 21-33). Santiago de Chile: Editorial Universitaria. ISBN 978-956-11-2502-5.

DE LA ROSA JAIMES, Verónica. “Una aproximación a la noción de igualdad sustancial”, en *Revista Derechos Humanos México*. 2006. Año 1, no. 3, pp. 33-52. ISSN: 1870-5448.

DE LUCAS, Javier. “El derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia N.D y N.T contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Teoría y Derecho, Revista de pensamiento jurídico*. 2020. No 26, 2020, pp. 84-96. ISSN: 1888-3443.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel Derecho, 1993. ISBN: 9788434415300.

DÍAZ BARRADO, Cástor. “Algunas reflexiones sobre el individuo en el derecho internacional”. En: VACAS, Félix, BARRANCO, María del Carmen y CELADOR, Óscar (Coord.) *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*. Madrid: Dykinson, 2012, pp. 15-36. ISBN: 9788490310090.

DÍAZ CREGO, María. “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2010. No. 39, pp. 115-155. ISSN 0211-5743.

DÍAZ MORGADO, Celia. “Prohibition of slavery and forced labour (Article 4)”. En: MOYA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden: Brill Nijhoff, 2021, pp. 76–96. ISBN: 9789004465688.

DÍEZ PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Navarra: Thomson Reuters, 2013. ISBN: 9788447045587.

DIPPEL, Horst. “El concepto de constitución en los orígenes del constitucionalismo norteamericano (1774-1776)”,en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho político e historia constitucional*. 2010, No. 6, pp. 25-83. ISSN 1575-3247.

DOMEYKO, Ignacio. *Memoria sobre la colonización en Chile*. Santiago de Chile: Julio Belén y Cía, 1850.

DONAIRE VILLA, Francisco Javier. “Capítulo II. Derechos y Libertades de los extranjeros”. En: BOZA MARTINEZ, Diego, DONAIRE VILLA, Francisco Javier y MOYA MALAPEIRA, David (coords.). *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y*

la Ley 12/2009. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 85-140. ISBN: 978-84-9004-511-4.

DURÁN, Carlos y THAYER, Eduardo. "Los migrantes frente a la ley. Continuidad y rupturas en la legislación migratoria del Estado chileno", en *Revista Historia 396*. 2017. Vol. 7, no. 2, pp. 429-461. ISSN: 0719-0719.

KNOWLES, V. (2007). *Strangers at Our Gates: Canadian Immigration and Immigration Policy, 1540-2006.* Toronto: Dundurn Press, 2019, p. 17. ISBN 978-1-55002-711-9

ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco. "El proyecto de Constitución Federal de la I República Española (1873)", en *Revista Jurídica de Navarra*. 2004. No. 37, pp. 113-146. ISSN 0213-5795.

ESPARZA, Estefanía. "Algunas reflexiones críticas sobre el derecho a la igualdad como no discriminación", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 2019. No. 40, pp. 3-37. ISSN: 1405-9193.

ESTRADA ADÁN, Guillermo. *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional*. México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015. ISBN: 9786077291497.

FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa. "La Directiva sobre retorno de los inmigrantes en situación irregular", en *Revista de Derecho Comunitario*. 2009. No. 33, pp. 453-499. ISSN 1138-4026.

FASSBENDER, Bardo. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Cuadernos de Derecho Público*. 1998. No. 5, pp. 51-74. ISSN 1138-2848.

FEDDERSEN, Mayra, PASCUAL, Tomás y RODRIGUEZ-ATERO, Macarena. "El derecho humano a migrar en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos", en *Revista Chilena de Derecho*. 2022. Vol. 49, no. 2, pp. 43-70. ISSN 0716-0747.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. "La nacionalidad en la Constitución", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*. 2011. Vol. 12, no. 2, pp. 175-190. ISSN: 0716-9132.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos. "Perspectivas del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos", en *Papeles el tiempo de los derechos, Revista Huri-Age, Red tiempo de los Derechos*. 2022. No. 1, pp. 311 . ISSN: 1989-8797

FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, Encarnación. "Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica", en *Anuario de filosofía del derecho*. 1994. No. 11, pp. 141-158. ISSN 0518-0872.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. "Aproximación a la historiografía constitucional española". En VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. *Historia e historiografía constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 2015, pp. 109-152. ISBN: 9788498795738

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Las Constituciones históricas españolas: un análisis histórico-jurídico*. Madrid: ICAI, 1982. ISBN: 8473990838.

FERRAJOLI, Luigi. "Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo", en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*. 2008. No. 22, pp. 35-45. ISSN: 1870-2147.

FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad.* (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez). Madrid: Editorial Trotta, 2019. ISBN: 9788498797954.

FERRER MAC GREGOR, E. "50 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Una promesa de justicia y un sueño por alcanzar." En, CERVANTES, Andrés (et.al) *Impacto y desafíos a medio siglo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, ISBN 978-84-259-1885-8

FINEMAN, Martha. "Vulnerability and social justice", en *Valparaiso University Law Review*. 2019. Vol. 35, no. 2, pp. 341-369. ISSN: 0042-2363

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta, 2014.ISBN: 9788498795103.

FIORAVANTI, Maurizio. "La Carta Magna en la historia del constitucionalismo", en *Crónica Jurídica Hispalense*. 2015. No.13, pp. 105-119. ISSN: 1887-2689.

FREIXES SANJUÁN, Teresa. "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El estándar mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furióí Ceriol*. 1995. No. 11-12, pp. 97-115. ISSN: 1133-7087

GALDÁMEZ, Liliana. "Comentario jurisprudencial sobre sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 2273-12 INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L Nº1.094 que establece normas sobre extranjeros en Chile y las matizaciones del Rol Nº 2257-12 INA", en *Estudios Constitucionales*. 2013. Vol. 11, no.2, pp. 769-784. ISSN: 0718-0195.

GALDÁMEZ, Liliana, CASTRO, Karin, CEPEDA, Sebastián. "Constitución igualdad y migración: el mínimo desarrollo del ordenamiento chileno en la protección contra la discriminación de grupos migrantes", en *Estudios Constitucionales*. 2022. Vol. 20, no. 2, pp. 41-70. ISSN: 0718-0195.

GAMMELTOFT HANSEN, Thomas. "The normative impact of the Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration". En: GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas, GUILD, Elspeth, MORENO-LAX, Violeta, PANIZZON, Marion and ROELE, Isobel, *'What is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN*. Lund: Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, 2017, pp. 7-10. ISBN: s/i.

GANDIA MIRA, Yolanda. "La prohibición de la tortura: condenas del TEDH al Estado español por la violación del art. 3 del CEDH en su vertiente procesal", en *Actualidad jurídica*. 2018. No. 9, pp. 488-523. ISSN: 2386-4567.

GARAY, Nilda. “Las declaraciones de los derechos de la mujer y la Ciudadana de 1791 y de Independencia de Haití de 1804 en el proceso de positivización de los derechos fundamentales. Aportes desde el constitucionales feminista”, en *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Veracruzan*a. 2013, No. 28, pp. 88-107. ISSN: 1665-1529.

GARAY, Nilda. “La revolución haitiana en los inicios del constitucionalismo: la cuestión de la raza y el sujeto jurídico y político”, en *Historia Constitucional*. 2014. No. 15, pp. 279-310. ISSN: 1576-4729.

GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago de Chile: Cuadernos del Tribunal Constitucional No. 55, 2014. en *Cuadernos del Tribunal constitucional*. 2014. ISBN: 9789563581386.

GARCÍA JUAN, Laura y CAICEDO CAMACHO, Dolly. “El estatuto jurídico del trabajador migrante internacional en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 2018. Año 51, no. 152, pp. 537-568. ISSN: 2448-4873.

GARCÍA HUIDOBRO, Cristóbal. “El reglamento constitucional provisorio de 1812: reflexiones para un bicentenario”, en *Revista Chilena de Derecho*. 2012. Vol. 39, no. 1, pp. 235-243. ISSN: 0716-0747.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Dos nuevos Reglamentos de la Unión Europea para facilitar la libre circulación (de trabajadores y de personas)”, en *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*. 2016. Vol. 19, no. 1, pp. 413-422. ISSN: 1698-5583.

GARCÍA PINO, Gonzalo. *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de derecho comparado. Chile.* EPRS Servicios de Estudios del Parlamento Europeo, Bruselas, Unión Europea [en línea]. 2021. [Fecha de la consulta: 18 de mayo de 2022]. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/home

GARCÍA RAMIREZ, Sergio. “La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, e*n Boletín mexicano de derecho comparado*. 2005. Vol. 38, no. 114, pp. 1021-1088. ISSN: 2448-4873.

GARCIANDÍA GARMENDIA, Rosana. “Los inmigrantes como colectivo: ¿son sujeto de derecho internacional?”. En: VACAS, Félix, BARRANCO, María del Carmen y CELADOR, Óscar (Coord.) *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*. Madrid: Dykinson, 2012, pp. 355-365. ISBN: 9788490310090.

GARCÍA PINO, Gonzalo. *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado* [en línea]. Bruselas: Parlamento Europeo, 2023, [Fecha de la consulta: 22 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/739352/EPRS_STU(2023)739352_ES.pdf.

GARGARELLA, Roberto. “Sobre nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*. 2018. Vol. 27, no. 1, pp. 109-129. ISSN 0797-9789.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. “El recurso al art. 10.2 CE como paradigma de los dos tribunales”, en *Revista Internacional Consinter De Direito*. 2017. No. 5, pp. 417-443. ISSN: 2183-6396.

GONZÁLEZ MORALES, Felipe. “El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes, refugiados y otras personas en situación de movilidad”, en *Anuario de Derecho Público*. 2017. No. 1, pp. 191-206. ISBN: 9789563143980.

GONZÁLEZ MORALES, Felipe. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y desafíos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. ISBN: 9788490336175.

GONZÁLEZ PIZARRO, José Antonio. “Desde la influencia del darwinismo social hasta el imperio los derechos humanos inmigración en Chile entre 1907 y 2018”, en *Estudios de Derecho*. 2019. Vol. 77, no. 169, pp. 323-348. ISSN: 0120-1867.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ Pedro. *El principio de igualdad y no discriminación. Una perspectiva comparada. España*. Bruselas: EPRS Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2020. ISBN: 9789284802173.

GONZÁLEZ VEGA, Javier. “¿Colmando los espacios de no derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia”, en *Anuario español de derecho internacional*. 2008. No. 24, pp. 141-175. ISSN: 0212-0747.

GREZ, Vicente. *Las mujeres de la Independencia*. Santiago de Chile: Imprenta Gutenbert, 1878. ISBN: s/i.

GROS, ESPIELL, Héctor. “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 2002. No. 6, pp.143 -176. ISSN: 1138-4824

GROS, ESPIELL, Héctor. *Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa* [en línea]. Corte IDH, s/f. [Fecha de la consulta: 22 de marzo de 2023]. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/22883.pdf

GROSS, ESPIELL, Héctor. “Nuevas tendencias del constitucionalismo latinoamericano”, en CARBONELL, Miguel, editor. *Tendencias del constitucionalismo iberoamericano*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 147. ISBN 968-6070-20-7

GUILOFF, Matías. “Capítulo VII: Regulación de los derechos. La reserva de ley”. En: CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza. *Manual de derechos fundamentales. Teoría General*. Santiago de Chile: Lom, 2017, pp. 257-284. ISBN: 9789560010100

GUTIERREZ, Héctor. “La inmigración española, italiana y portuguesa: Chile 1860 - 1930”, en *Notas de Población,* no. 12. Santiago de Chile: CEPAL, 1989, pp. 61-79. ISSN: 0303-1829

HÄBERLE, Peter. “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. 2010. Año 7, no. 13, pp. 379-414. ISSN: 1697-7890.

HABERMAS, Jürgen. “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Dianoia: Anuario de Filosofía*. 2010. Vol. 55, no. 64, pp. 3-25. ISSN: 0185-2450.

HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. “La Corte Suprema chilena y la protección de la libertad personal de los migrantes: un estudio jurisprudencial”, en Jurídicas. 2022. Vol. 19, no. 21, pp. 263-277. ISSN: 1794-2918.

HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. *Las fuentes del orden constitucional chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2016. ISBN: 9563468260.

HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencia desde el método de casos”, en *Estudios Constitucionales*. 2008. Año 6, No. 2, pp. 73-120. ISSN 0718-0195.

HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. “¿Hacia una ampliación del habeas corpus por la Corte Suprema?”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 2013. Año 20, no. 2, pp. 421-437. ISSN: 0717-5345.

HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. “El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Constitucional*. 2019. Vol. 19, 2019, pp. 327-355. ISSN: 1870-4654.

HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. “Cimientos, auge y progreso desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes”, en *Revista Chilena de Derecho*. 2018. Vol. 45, pp. 337-361. ISSN: 0716-0747.

HENRÍQUEZ VIÑA, Miriam. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2016. ISBN: 9789569959035.

IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española. Una interpretación lógico -sistemática”, en *Revista Vasca de Administración Pública*. 2019. No. 114, pp. 107-160. ISSN 0211-9560.

INELI-CIGER, Meltem. “Protecting aliens with Article 3 of the ECHR”. En: MOYA MALAPEIRA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden: Brill Nijhoff, 2021, pp. 46-75 . ISBN: 9789004465688

JARAMILLO, Matías, MACAYA-AGUIRRE, Gustavo y STEFONI, Carolina. "Colchane. La construcción de una crisis humanitaria en la zona fronteriza del norte de Chile", en *Estudios fronterizos*. 2023. Vol. 24, pp.1-23. ISSN: 0187-6961

JARUFE BADER, Juan Pablo. "Historia de la legislación Migratoria Nacional", en *Biblioteca del Congreso Nacional* [en línea]. 2018, p. 3. [Fecha de la consulta: 21 de junio de 2022]. Disponible en https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=72883

JARUFE BADER, Juan Pablo. "Comparado entre la Ley de Extranjería, el Proyecto de nueva Ley de Migraciones, el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, y las indicaciones a este último", en *Biblioteca del Congreso Nacional* [en línea]. 2018. [Fecha de la consulta: 21 de julio de 2022]. Disponible en: https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=726044

L'HISTORIA. "Capitanía General de Chile". En: *L'Historia* [en línea]. Disponible en: https://www.lhistoria.com/america/capitania-general-de-chile [consulta: 22 de abril 2022]

LA SPINA, Encarnación. "Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares: alcance y limitaciones", en *Derecho y Libertades*. 2013. Ép. 2, no. 28, pp. 115-138. ISSN: 1133-0937.

LA SPINA, Encarnación. "Algunas notas introductorias". En: LA SPINA, Encarnación (coord.). *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos No. 97. Migraciones y vulnerabilidad. Alcance y protección.* Bilbao: Universidad de Deusto. 2021, pp. 9-12. ISBN: 9788413251387.

LAMBERT Hèlène. *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*. Estraburgo: Council or Europe Publishing, 2007. ISBN:9789287160980.

LANTARÓN BARQUIN, David. "Migraciones laborales y Organización Internacional de Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal", en *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2020. No.152, pp. 53-95. ISSN: 0213-0750.

LAPORTA, Francisco. "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 1987. No. 4, pp. 23-46. ISSN 0214-8676..

LARA ESCALONA, María Daniela. "Evolución de la legislación migratoria en Chile. Claves para una lectura (1824-2013)", en *Revista de Historia del Derecho*. 2014. No. 47, pp. 59-104. ISSN 0325-1918.

LEMA AÑON, Carlos. "La titularidad del derecho a la salud en España ¿Hacia un cambio de modelo?". en *Revista de Bioética y Derecho*. 2014. No. 31, pp. 3-16. ISSN: 1886-5887.

LEONÉS SALIDO, José Manuel *Inmigración irregular y derechos fundamentales: ¿hay límites?*. Barcelona: Bosch, 2017. ISBN: 9788494643637.

LÓPEZ GUERRA, Luis (et. Al.) *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2010. ISBN: 9788491432777.

LUNA, Patricia. La polémica retirada de Chile del Pacto Mundial para la Migración de la ONU. En: *France 24* [en línea]. 11 de diciembre de 2018. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.france24.com/es/20181211-retirada-Chile-pacto-migracion-onu

LLANOS, Claudio "Chile 1970 -1973: Las versiones oficiales. Interpretaciones y planteos políticos. 'Avance hacia una nueva interpretación'", en *Boletín Americanista*. 2005. No. 55, pp. 169-190. ISSN: 0520-4100.

LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. ISBN 10: 842590952X ISBN 13: 9788425909528

MALDONADO MUÑOZ, Mauricio. "Límites y contenido esencial de los derechos (un marco conceptual problemático)", en *Revista Derecho del Estado*. 2020. No. 47, pp. 79-112. ISSN: 0122-9893.

MARÍN CASTÁN, María Luisa. "La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales", en *Revista de bioética y derecho*. 2007. Vol. 9, pp. 1–8. ISSN: 1886-5887.

MARLIANI, Manuel *Regencia de D. Baldomero Espartero, conde Luchana, duque de la Victoria y de Morella, y sucesos que la prepararon*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2020. ISBN: 946018401843.

MARSHALL BARBERÁN, Pablo. "Notas sobre los modelos para la extensión de la ciudadanía", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 2012. Año 19, no. 2, pp. 119-143. ISSN: 0717-5345.

MARTÍN HUERTAS, Ascensión. "El contenido esencial de los derechos fundamentales", en *Revista de las Cortes Generales*. 2008. No. 75, pp. 105-190. ISSN: 0213-0130.

MARTÍNEZ DOALLO, Noelia. "El derecho al consentimiento informado a partir de la teoría de estatus de George Jellinek", en *Ius et Scientia*. 2017. Vol. 3, no. 1, pp. 206-216. ISSN: 2444-8478.

MARSHALL, Thomas. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial,1998. ISBN: 8420629138

MÉNDEZ, Juan y COX, Francisco. "Universalidad y relativismo", en *Lecciones y Ensayos*. 1997-1998. No. 69, pp. 13-40. ISSN: 0024-0079.

MEZZANO, Silvia. "Políticas de inmigración en Chile desde 1845 hasta 1992", en *Revista Diplomacia*. 1995. No. 68, pp. 65-78. ISSN: 0716-193X.

MICOLTA, Amparo. "Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales". *Trabajo Social*, Universidad Nacional de Colombia, n.º 7, 2015, pp. 59-76. ISSN 0123-4986 (impreso), ISSN 2256-5493 (en línea). Disponible en: https://revistas.unal.edu.co/index.php/tsocial/article/view/8476 [Consultado el: 25 de noviembre de 2024].

MILIOS, Georgios. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Granada: Editorial Comares, 2021. ISBN: 9788413691008.

MILIOS, Georgios. "Family Reunification for Third-Country Nationals: Minimum Age for Spouses, Integration Measures and the Application of the Individual Assessment. Comment", en *European Journal of Migration and Law*. 2015. Vol. 17, no. 1, pp. 127–146. ISSN: 1388-364X.

MONSALVE, Danny "La dictadura militar de Augusto Pinochet como nueva historia política: perspectiva historiográfica y algunos temas para su indagación", en *Revista Austral de Ciencias Sociales*. 2012. No. 23, pp. 61-82. ISSN 0717-3202.

MONTAGUT, Eduardo. "El sistema político de carta otorgada en la Restauración", en *El* obrero [en línea]. 2020. [Fecha de la consulta: 28 de julio de 2022]. Disponible en https://elobrero.es/historalia/59645-el-sistema-politico-de-carta-otorgada-en-la-restauracion.html

MOYA MALAPEIRA, David. "El acceso de los extranjeros irregulares al sistema de salud tras la STC 139/2016", en *Blog Nova Icaria*. 2016. s/p. [Fecha de la consulta: 23 de abril de 2023]. Disponible en: https://idpbarcelona.net/acceso-los-extranjeros-irregulares-al-sistema-salud-tras-la-stc-1392016-david-moya-malapeira-profesor-agregado-la-ub/

MOYA MALAPEIRA, David. *Las medidas de alejamiento de extranjeros en el sistema de control migratorio español* [en línea]. Tesis doctoral presentada en la Universidad de Barcelona, 2004, p. 54. [Fecha de la consulta: 26 de abril de 2024]. Disponible en https://fundaciobofill.cat/es/publicaciones/las-medidas-de-alejamiento-de-extranjeros-en-el-sistema-de-control-migratorio-espanol

MOYA MALAPEIRA, David. "El principio de dignidad de las personas extranjeras en España y su aplicación en el ámbito de las privaciones de libertad. Algunas notas", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. 2016. No. 61-62, pp. 42-53. ISSN: 1889-0016.

MUÑOZ, Andrés. "¿Extranjeros sin derecho a voto? La interpretación del Servel que no les permitiría sufragar en el plebiscito", en *La Tercera* [en línea], 2 de enero de 2020. [consulta: 29 de julio de 2022]. Disponible en: https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/extranjeros-sin-derecho-voto-la-interpretacion-del-servel-no-les-permitiria-votar-plebiscito/958830/

MURO CASTILLO, Alberto y CABO DEL ROSAL, Gabriela. "La condición de nacional y extranjero en el constitucionalismo decimonónico español". En GARCÍA CASTAÑO, Francisco y KRESSOVA IORDANISHVILI, Nina (coords.) *Actas del Congreso*

Internacional sobre Migraciones en Andalucía, Granada: Instituto de Migraciones Granada, 2011, pp. 2083-2090. ISBN 9788492139033.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018. ISBN: 970320886X.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Uruguay*. 2010. No. 5, pp. 79-142. ISSN: 1510-3714.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa", en *Estudios Constitucionales*. 2017. Año 15, no. 2, pp. 15-82. ISSN: 0718-0195.

NOGUERIA ALCALÁ, Humberto. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Ius et Praxis*. 1997. Vol. 2, no. 2, pp. 237-293. ISSN: 0211-979X.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas", en *Anuario da Facultade de Dereito*. 2006. No. 10, pp. 799-831. ISSN: 1138-039X.

O'DONELL Y DUQUE DE ESTRADA, Hugo. "Origen y creación de los virreinatos". En: INSTITUTO DE HISTORIA Y CULTURA NAVAL, *XXV Jornadas de Historia Marítima. Los viyerres marinos de la América hispana*. Madrid: Instituto de Historia y Cultura Naval, pp. 11-30. ISSN: 0212-467X.

OCHOA RUIZ, Natalia. "La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana", en *Cuadernos Euroeps de Deusto.* 2018. No. 2, pp. 203-224. ISSN: 1130-8354.

OLARTE ENCABO, Sofia. "La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. Análisis crítico desde la perspectiva laboral", en *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2018. No. 145, pp. 55-86. ISSN: 0213-0750.

OLIVER ARAUJO, Joan. "La Constitución Republicana de 1931". en *Dereito*, Revista *Xuridica de Santiago de Compostela*. 1997. Vol. 6, pp. 107-119. ISSN: 1132-9947.

OLLERO, Andrés. "Savigny ante la interpretación del derecho: el legalismo aplazado", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*. 1978, pp. 171-198. ISSN 0008-7750.

OSSA SANTA CRUZ, Juan Luis. "Revolución y constitucionalismo en Chile 1810 - 1814", en *Revista de Historia Iberoamericana*. 2012. Vol. 5, no. 1, pp. 111-139. ISSN: 1989-2616.

OSSA SANTA CRUZ, Juan Luis. "El primer constitucionalismo chileno. Reflexiones históricas para la discusión actual", en *Puntos de Referencia* [en línea]. 2020. No. 538,

2020, p. 3. [Fecha de la consulta: 22 de julio de 2022]. Disponible en: https://www.cepchile.cl/investigacion/el-primer-constitucionalismo-chileno-reflexiones-historicas-para-la-discusion-actual/

OVALLE, Marcelo. "La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del Tribunal constitucional de Chile", en *Dikaion*. 2019. Vol. 28, no. 1, pp. 35-68. ISSN: 0120-8942.

PABÓN SERRANO, Óscar. "Las Cortes de Cádiz y los españoles de ambos hemisferios. El debate sobre la igualdad de representación entre americanos y peninsulares", en *Revista Temas: Departamento de Humanidades Universidad Santo Tomás de Bucaramanga*. 2012. No. 6, pp. 99-127. ISSN: 1692-6226.

PALMA, Eric. *Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812 -1924) Nueva Historia Constitucional*. Santiago de Chile: LOM, 2011. ISBN: 9789563456530.

PALMA, Eric. "La Constitución chilena de 1818 (a 200 años de su promulgación)", en *Revista de Historia Constitucional*. 2019. No. 20, pp. 941-997. ISSN: 1576-472.

PECES- BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2022. ISBN: 849772013X.

PECES-BARBA, Gregorio. "La Universalidad de los Derechos Humanos", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*.1994. No. 15-16, pp. 613-634. ISSN: 0214-8676.

PECES-BARBA, Gregorio (et al.). *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson, 1998. ISBN: 8481554057.

PECES BARBA, Gregorio. "Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 1979. No. 2 (extra), pp. 39-50. ISSN: 0210-1076.

PEÑA GONZALEZ, José. *Historia política del constitucionalismo español*. Madrid: Editorial Dykinson, 2006. ISBN: 8497729064.

PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. *Migraciones irregulares y Derecho Internacional Gestión de los flujos, devolución de extranjeros en situación irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia: Tiran lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN: 9788490045640.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho", en *Derecho y Libertades*. 2006. No. 14, Época 2, pp. 151-178. ISSN: 1133-0937.

PÉREZ LUÑO, Antonio y GONZÁLEZ-TABLAS Y SASTRE, Rafael (coords.).*Dimensiones de la igualdad***.** Madrid: Dykinson, 2007. ISBN 9788498490848.

PÉREZ LUÑO, Antonio. "La universalidad de los derechos humanos", en *Derecho y Cambio social*. 2007. Año 4, no. 9, s/p. ISSN: 2224-4131.

PÉREZ TREMP, Pablo, et al. *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. ISBN 978-84-8456-989-7, p. 126.

PICA FLORES, Rodrigo. "Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación normativa y limitación en materia de derechos fundamentales", en *Revista de Derecho*. 2013. Año 20, no. 1, pp. 193-228. ISSN: 0718-9753.

PICA FLORES, Rodrigo. "Aspectos generales de la hermenéutica constitucional", en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*. 2006. Vol. 13, no. 1, pp. 143-169. ISSN: 0717-5345.

PINTO OLIVEIRA Andreia Sofía. "Alien's protection against arbitrary detention". En: MOYA MALAPEIRA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden_ Brill Nijhoff, 2021, pp. 97–117. ISBN: 9789004465688.

PRIETO SANCHÍS, Luis. "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades." En: *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: [editorial no especificada], 1990, p. 72.

PYRRHO, Monique, CORNELLI Gabriele y GARRADA Volnei. "Dignidad Humana: reconocimiento y operacionalización del concepto", en *Acta Bioethica*. 2009. Vol.15, pp. 65-69. ISSN: 0717-5906

QUISPE REMÓN, Florabel. "La importancia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Sistema Interamericano y la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana", en *Revista Electrónica Iberoamericana* [en línea]. 2019. Vol. 13, p. 144-165 ISSN-e 1988-0618 [Fecha de la consulta: 28 de marzo de 2022]. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7335467

RELAÑO PASTOR, Eugenio. "Los continuos cambios de la política de inmigración en España", en *Migraciones internacionales*. 2004. Vol. 2, no. 3, pp. 110-141. ISSN: 1665-8906.

Relatoría sobre Movilidad Humana [en línea] [Fecha de la consulta: 22 de marzo de 2023]. Disponible: https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/DM/default.asp

RENUCCI, Jean-François. *Introduction to the European Convention on Human Rights. The Right guaranteed and the protection mechanism*. Estraburgo: Council of Europe. ISBN: 9287157146.

REY MARTÍNEZ, Fernando. *Derecho Antidiscriminatorio.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019. ISBN: 9788413087092.

RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. "La nacionalidad. (Título II: art. 23-24)". En OLIVER ARAUJO, Jona y RUIZ REBOLLEDO, Agustín (dirs.) *Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, pp. 109-124. ISBN: 9788425919077.

RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa. “La protección y garantía de las libertades y de los derechos fundamentales”, en *Tirant Lo Branch* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 29 de junio de 2024]. Disponible en https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema%2011_Todo(16-02-2017).pdf

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. “La reforma de 2005 a la Constitución Chilena”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 2006. No. 10, pp. 617-698. ISSN: 1138-4824.

RÍOS, ÁLVAREZ Lautaro. “La reforma de 2005 a la Constitución Chilena”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 2006. No. 10, pp. 213-231. ISSN: 1870-8390.

RIVERO GODOY, Juan Manuel. “La persona como sujeto de derecho internacional”, en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. 2020. Vol. 21, no. 2, pp. 35-49. ISSN: 1659-4304.

RUIZ ROBLEDO, Agustín. *Compendio de Derecho Constitucional Español*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 323. ISBN 978-84-11-47293-7

ROCA TRIAS, Encarnación. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España roma - octubre 2013 [en línea]. 2013. [Fecha de la consulta: 18 de octubre de 2022]. Disponible en https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%20

RODRÍGUEZ, Hilario. “Revolución rusa y revolución mexicana”, en *El genio maligno: Revista de Humanidades y ciencias sociales*. 2008. No. 3, pp. 54-61. ISSN: 1988-3927

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.). Comentarios a la Constitución Española. Vol. II, Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado (BOE), 2018, pp. 355-373. ISBN 9788434025035.

ROIG, Eduardo. “Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación”. En REVENGA SÁNCHEZ Miguel (coord.) *Problemas constitucionales de la Inmigración. Una visión desde Italia y España*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 587-632. ISBN: 8484561852

RUBANO LAPASTA, Mariela**.** Notas sobre la evolución del constitucionalismo en Chile. *Prudentia Iuris*. Universidad Católica de Argentina, Nº 71, 2011, pp. 185-193. EDUCA. Disponible en: Repositorio UCA. ISSN: 0326-2774

RUIZ PIRACES, Robert. “La incorporación de los Tratados Internacionales del Derecho Interno en Chile”, en *Podium*. 2016. No. 30, pp. 57-69. ISSN: 1390-5473.

RUIZ DE HUIDOBRO, José María. “El principio de equiparación entre nacionales y extranjeros en el Derecho español”, en *ICADE Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas Empresariales*. 2006. No. 69, pp. 69-88. ISSN: 1889-7045.

RUIZ-DOMÈNEC, José Enrique. *España, una nueva historia*. Madrid: Editorial Gredos, 2009. ISBN: 9788424935856.

RUIZ RAMOS, Juan. "The Right to life of migrants and refugees under Article 2 ECHR". En: MOYA, David y MILIOS, Georgios (edit.), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden: Brill Nijhoff, 2021. ISBN: 9789004465688.

RUIZ TAGLE, Pablo. *Cinco repúblicas y una tradición: constitucionalismo comparado chileno*. Santiago de Chile: Lom, 2016. ISBN: 9789560008121.

SALADO OSUNA, Ana. "El protocolo de enmienda numero 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Instituciones Europeas*. 1994. Vo. 21, no. 3, págs. 943-966. ISSN: 0210-0924.

SALGADO, Alfonso. "La Guerra Fría Chilena: Gabriel González Videla y la Ley Maldita. Carlos Huneeus" (reseña), en *Revista de Historia Iberoamericana*. 2011. Vol.4, no. 2, pp. 145- 148. ISSN: 1989-2616

SALAZAR, Gabriel. *En el nombre del poder constituyente (Chile Siglo XXI)*. Santiago de Chile: Lom, 2011. ISBN: 9789560002723.

SALGADO, Constanza. "Capítulo VI: Límites y restricciones a los derechos fundamentales". En: CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza. *Manual de derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago de Chile: Lom. ISBN: 9789560010100.

SAENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés. "Art. 96". En: RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (et.al) *Comentarios a la Constitución española. Vol. II, Tomo II*. Madrid: Ministerio de Justicia, BOE, 2018, pp. 355-376. ISBN: 9788434025035.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. "Los orígenes del Sistema interamericano de Derechos Humanos". En: SAIZ ARANIZ, Alejando (dir.). *En Impacto y desafíos a medio siglo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, pp. 15-42. ISBN 9788425918858.

SAN FRANCISCO, Alejandro. "El primer constitucionalismo chileno, 1810 – 1828", en *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*. 2007. No. 12, p. 339-361. ISSN: 0122-2066.

SANZ, Jesús. *La sargentada de la granja. Ensayo sobre el último triunfo y definitiva despedida de la Constitución gaditana*. Segovia. Librería Ícaro, 2012. ISBN: 9788461597567.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Historia del Constitucionalismo español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1974. ISBN: 9788425906985.

SAURA, Jaume. "La universalización de los derechos humanos". En: BONET Jordi y SÁNCHEZ Víctor (coord.) *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*. Madrid: Huygens, 2008, pp. 103-136. ISBN: 9788493598136.

SERNAMIG. “Estimación de extranjeros en Chile”. En: *Servicio Nacional de Migraciones* [en línea]. 2023. Disponible en: https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/estimaciones-de-extranjeros/ [Fecha de consulta: 18 de mayo de 2023].

SERRANO ALBERCA, José Manuel. “Sinopsis del artículo 96 de la Constitución Española”, en Congreso de los Diputados [en línea]. 2003. [Fecha de la consulta: 15 de julio de 2023]. Disponible en https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=96&tipo=2

SERRANO ALBERCA, José Manuel. “Sinopsis Art. 96 CE”. En: GARRIDO FALLA, Fernando (et. al) *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 1499-1508. ISBN: 84-7398-097-2.

SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES *Acciones de integración*. [en línea]. [Fecha de la consulta: 19 de junio de 2022]. Disponible en: http://www.extranjeria.gob.cl/acciones-de-integracion/

SOLANES, Ángeles. “Capitulo tercero. Sujetos al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles”. En: DE LUCAS, Javier (et.al) *Trabajadores Migrantes*. Valencia: Germania, 2011, pp. 57-90. ISBN: 9788489847682.

STEFONI, Carolina y CONTRERAS, Dante. “Situación migratoria en Chile: tendencias y respuestas de política en el periodo 2001-2021”. En: *Serie de documentos de política pública* [en línea], no. 32. Nueva York: PNUD América Latina y el Caribe, 2022. Disponible en: https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-11/PNUDLAC-working-paper-32-Chile-ES.pdf [Fecha de consulta: 18 de mayo de 2023].
STEFONI, Carolina. “Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la STEFONI, Carolina. “Ley y política migratoria. La ambivalencia en la comprensión del migrante.” En: FELDMAN-BIANCO, Bela, et al. (coords.) *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*. FALCSO Serie Foro; CLACSO Colección Cátedra Iberoamericana de Estudios sobre Migraciones, 2011, p. 89. ISBN 978-9978-672-75-4.

TAJADURA TEJEDA, Javier. *Los derechos fundamentales y sus garantías.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. ISBN: 9788410713437.

TAJADURA TEJEDA, Javier. “Reserva de ley y restricción de derechos fundamentales”. En: REGUEIRO GARCÍA, María Teresa (et. al.) *Impacto de la crisis sanitaria del covid-19 en el ejercicio de los Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Branch, 2022, pp. 365-390. ISBN: 9788411137164.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 1992. ISBN: 9788430910069.

TOMIĆ, Radomiro. “Reflexiones Sobre el Golpe de Estado en Chile”, en *Institute of Development Studies Bulletin*. 1975. Vol. 7, no 3, pp. 32-33. ISSN: s/i.

TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. “La vinculación de la Constitución Chilena con los tratados internacionales de derechos humanos”. En: VV.AA. *III UB International Phd*

in law conference: El carácter multinivel del derecho global. Barcelona: McGrawHill – AulaMagna, 2021, pp. 309-328. ISBN: 9788418808807.

TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. "El Lugar de la Ley en el Estado Constitucional de Derecho". En: TÓRTORA ARAVENA, Hugo (Coord.) *Las Fuentes Formales del Derecho Público. Tendencias y conflictos*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2012, pp. 275-290. ISBN: 9789562861489.

TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. "En este proceso Constituyente faltan los y las inmigrantes". En: *El Quinto Poder* [en línea]. 19 de octubre de 2020. [Fecha de la consulta: 22 de marzo de 2022]. Disponible en: https://www.elquintopoder.cl/ciudadania/en-este-proceso-constituyente-faltan-los-y-las-inmigrantes/

TÓRTORA ARAVENA, Hugo. "*Las limitaciones a los derechos fundamentales*", en *Estudios Constitucionales*. 2010. Año 8, no. 2, pp. 167-200. ISSN: 0718-0195.

TÓRTORA ARAVENA, Hugo. "El carácter descolonizador como rasgo material del nuevo constitucionalismo latinoamericano". In: GAJARDO, Jaime and ZÚÑIGA, Francisco (coords.). *Constitucionalismo y procesos constituyentes. Una revisión crítica al nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Vol. 2. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2019, p. 49. ISBN 978-956-017-976-9.

TROSTKY, León y FERRO, Marc. "*Historia de la Revolución Rusa*". Madrid: Veintisiete letras, 2007. ISBN: 108493596949.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Declaración 1/1999, de 1 de julio de 1992. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de junio de 1992, número 177, 06 páginas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. "Declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales del Tribunal Constitucional de España". En: *Tribunal Constitucional* [en línea]. 2016. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/09-Declaracion-sobre-la-constitucionalidad-de-los-Tratados-Internacionales.aspx [Fecha de consulta: 27 de mayo de 2024].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. "Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 (Requerimiento 6603-2004)." *Boletín Oficial del Estado*, 04 de enero de 2005, número 3.

TRINDADE CANÇADO, Antonio. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: ACNUR, 2003. ISBN: 9977361177.

URIZABARRENA PEREZ, Xabier. "Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Enero- abril 2021", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 2021. No. 69, pp. 769-792. ISSN: 1138-4026.

URREA, Martín. "El derecho de extranjería en el contexto histórico del prefranquismo", en *e-SLegal History Review*. 2014. No. 18. s/p. ISSN: 1699-5317. [Fecha de la consulta:

26 de abril de 2023]. Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=414798

VALLÉS MUÑÍO, Daniel. "La Sección española de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores. Sus publicaciones y su influencia", en *Sociología del Trabajo*. 2021. No. 98, pp. 59-72. ISSN: 0210-8364.

VARELA QUIRÓS, Luis Alberto. "La protección diplomática y la nacionalidad de las personas", en *Revista Costarricense de Derecho Internacional*. 2014. Ed. 1, no. 41, pp. 41-51. ISSN: 2718-8566.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. *Historia constitucional de España*. Madrid: Marcial Pons, 2020. ISBN: 9788417945046.

VENTURA ROBLES, Manuel. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente". En: VENTURA ROBLES, Manuel y TRINDADO CANÇADO, Antonio. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Corte IDH, pp. 110-162. ISBN: 9977361177.

VENTURA ROBLES, Manuel. "El sistema Interamericano de protección de los derechos Humanos", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. 2014. No. 14, pp. 257-279. ISSN: 1677-1419.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario. "Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile", en *Revista de Derecho Público*. 2014, , no.19/20, 2014, pp. 117-143. ISSN: 0719-5249.

VIAL CORREA, Gonzalo. "Historiografía de la independencia de Chile", en *Revista de Historia*. 1965. Vol. 1, no. 1, pp.165-190. ISSN: 0073-2435.

VIANA GARCÉS, Andrée. "De cómo hacer el quite a la igualdad. Jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales de las personas extranjeras". En: APARICIO WILHEMI, Marco. *Contracorrientes. Apuntes sobre igualdad, diferencia y derechos*. Madrid: Documenta Universitaria, pp. 123-140. ISBN: 9788499841076.

VIERA ÁLVAREZ, Christian. "Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente", en *Revista de Derechos Fundamentales*. 2011. No. 5, p. 151-171. ISSN: 0719-1669.

VIERA ÁLVAREZ, Christian. "Notas sobre la filosofía inspiradora de la Constitución Política de la República en lo relativo a la familia", en *Nomos Revista de Derecho de Derecho de la Universidad de Viña del Mar*. 2008. No.1, pp. 183-197. ISSN: 0719-1650.

VIERA ÁLVAREZ, Christian. "Análisis crítico de la génesis de la constitución vigente", en *Revista de Derechos Fundamentales*. 2011. No. 5, pp. 151-171. ISSN: 0719-1669.

VIDAL FUEYO, María del Camino. *Constitución y Extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. ISBN: 8425911893.

VIDAL FUEYO, María del Camino. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007", en

Revista Española de Derecho Constitucional. 2009. No 85, pp. 353-379. ISSN: 0211-5743.

VILLACORTA MANCEBO Luis. *Reserva de Ley y Constitución*. Madrid: Editorial Dykinson, 1994. ISBN: 108481550434.

VIVAS BARRERA, Tania. "Línea de tiempo de los derechos humanos, una propuesta para la enseñanza de la historia de los derechos humanos", en *Revista Ratio Iuris*. 2024.Vol. 9, no. 18, pp. 43-58. ISSN: 1794-6638.

WALDRON, Jeremy. "Dignity and Rank: In Memory of Gregory Vlastos (1907-1991)", en *European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie / Europäisches Archiv Für Soziologie*. 2007. Vol. 48, no. 2, pp. 201-237. ISSN: 0003-9756.

WALDRON, Jeremy. "Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley", *en NYU School of Law, Public Law Research Paper*. 2009. No. 09-50, pp. 1-69.

WALLENBER, RAOUL INSTITUTE. *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*. Lund: Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, 2017. ISBN: s/i.

WESTERMAYER, Felipe Ignacio. "Entre la historia del derecho y la tradición constitucional". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, vol. XLI, 2019, p. 495 y ss. ISSN 0716-5455. Disponible en: https://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/951 [Consulta: 27 de mayo de 2024].

WILLIAMS, Guido. "Conceptos de soft law, hard law, better regulation, smart regulation y políticas públicas", en *Biblioteca del Congreso Nacional – Asesoría Técnica Parlamentaria* [en línea]. 2021. [Fecha de la consulta: 24 de junio de 2023]. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/30361/1/BCN_soft_law_politicas_publicas_better_regulation_con_formato.pdf

ZILLER, Jacques. *Principios de igualdad u no discriminación, una perspectiva de derecho comparado. Consejo de Europa*. Bruselas: EPRS Servicios de Estudios del Parlamento Europeo, 2022. ISBN: 9789284673728.

ZOETEWEIJ-TURHAN, Margarite Helena. "State jurisdiction and the scope or the ECHR'S protection (Article 1 ECHR)". En: MOYA MALAPEIRA, David y MILIOS, Georgios (edit.). *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring minimun standars of human rights protection*. Leiden: Brill Nijhoff ediciones, 2021. ISBN: 9789004465688.

ZUÑIGA URBINA, Francisco. "Nueva constitución y asamblea constituyente en Chile", en *Revista de Derecho Público*. 2014. No. 91, pp. 343-357. ISSN 0211-979X.

ZUÑIGA URBINA, Francisco. "Nueva Constitución y constitucionalismo en Chile", en *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*. 2012. Año 18, pp. 173-183, ISSN: 1510-4974.

ZUÑIGA URBINA, Francisco. “El estatus constitucional de extranjeros. (Notas acera de derechos fundamentales y expulsión de extranjeros)”, en *Revista de Derecho*. 1998. Año 66, no. 203, pp. 301-330. ISSN: 0303-9986.

DOCUMENTOS DE ORGANISMOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES
Documentos de organismos y tribunales internacionales

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. *Violencia contra las trabajadoras migratorias. Resolución aprobada por la Asamblea General A/RES/70/130* [en línea]. 8 de febrero de 2016, p. 7 [Fecha de la consulta: 23 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/leg/resol/agonu/2016/es/109367.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Derechos del niño y reagrupación familiar. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/49/31.* [en línea]. 02 de marzo de 2022. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc4931-report-rights-child-and-family-reunification.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Derechos humanos de los migrantes. Informe de la Secretaría General A/HRC/45/30*. [en línea]. 03 de septiembre de 2020. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/documents/reports/human-rights-migrants-report-secretary-general

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Derechos humanos de los migrantes. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes A/65/222*. [en línea]. 03 de agosto de 2010. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-migrants/annual-reports

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes A/77/189*. [en línea]. 19 de julio de 2022. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-migrants/annual-reports

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes A/HRC/20/24*. [en línea]. 02 de abril de 2012. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-migrants/annual-reports.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/37/34* [en línea]. 03 de enero de 2018. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/report-principles-and-practical-guidance-protection-human-rights-migrants

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “¿Qué es la CIDH?”. En: *Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta 12 de marzo de 2023]. Disponible en https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/que.asp

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Documentos básicos en el sistema interamericano”. En: *Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos* [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta 12 de marzo de 2023]. Disponible https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp
COMITÉ CONTRA LA TORTURA. *Observación General No. 4 relativa a la aplicación*
COMITÉ CONTRA LA TORTURA. *Observación General núm. 4 (2017) relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22 CAT/C/GC/4 [en* línea]. 4 de septiembre de 2018. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/catcgc4-general-comment-no-4-2017-implementation

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de España CAT/C/ESP/CO/7* [en línea]. 24 de agosto de 2023. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhshvDzzoQ%2BPaamEl0Cn%2FFCADCy5kgE6BAdvRdDw0J35woxX21j%2BSV8CzvMY940UYiblG02EMSHqBNccB3eI5O2%2Bz1Kqh3quhIDoiL0IfSa26H

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. *Observación general núm. 1 (2023), relativa a la desaparición forzada en el contexto de la migración CED/C/GC/1* [en línea]. 26 de octubre de 2023. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/ced/general-comment-no-1-enforced-disappearances-context-migration

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto22* [en línea]. 11 de abril de 1986. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 15. Libertad de circulación* [en línea]. 02 de noviembre de 1999. [Fecha de la consulta: 14 de febrero de 2024]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/ref/infortem/ccpr/1999/es/130413

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General No. 6 sobre Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CRC/GC/2005/6* [en línea]. 1 septiembre 2005. [Fecha de la consulta: 11 febrero de 2024]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/leg/general/crc/2005/es/38046

COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES / COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Conjunta No. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y No. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional* [en línea]. 16 Noviembre 2018. [Fecha de la consulta 11 de febrero de 2024]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/pol/concobservations/cmw/2018/es/128417

COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES / COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Conjunta No. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y No. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno* [en línea]. 16 Noviembre 2017. [Fecha de la consulta: 11 de febrero de 2024]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/pol/concobservations/cmw/2017/es/128419

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General No. 26 sobre las trabajadoras migratorias CEDAW/C/2009/WP.1/R* [en línea]. de 5 de diciembre de 2008. [Fecha de la consulta 23 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/leg/coment/cedaw/2008/es/61897

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Recomendación General No. 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos CERD/C/64/Misc.11/rev.3* [en línea]. 5 de octubre de 2004. [Fecha de la consulta 23 de junio de 2023]. Disponible en: https://www.refworld.org/es/leg/coment/cerd/2004/es/132926

CONSEJO DE EUROPA. *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración. Edición 2020* [en línea]. 2020, p. 216. [Fecha de la consulta: 13 de agosto de 2024]. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_asylum_SPA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nº 7 "Control de convencionalidad (actualización)*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021

CONSEJO DE EUROPA. *El Consejo de Europa*.[en línea] [Fecha de la consulta: 23 de abril de 2023]. Disponible en: https://www.coe.int/es/web/portal

IOM's GMDAC. *Tipos de migración. Migración forzosa o desplazamiento forzoso*. En: Portal de datos sobre migración [en línea]. 2023. Disponible en: https://www.migrationdataportal.org/es/themes/migracion-forzosa-o-desplazamiento-forzoso [consulta: 18 de mayo de 2023].

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *"Qué son los derechos humanos?"* [en línea] [Fecha de la consulta: 22 de febrero de 2023]. Disponible en https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS/GRUPO MUNDIAL SOBRE LA MIGRACIÓN. *Principios y directrices, apoyados por orientaciones prácticas, sobre la protección de los derechos humanos de personas migrantes en situación de vulnerabilidad* [en línea]. Ginebra: ACNUDH, 2023. [consulta: 03 de marzo de 2023]. Disponible en:

https://www.ohchr.org/es/documents/tools-and-resources/principles-and-guidelines-human-rights-protection-migrants-vulnerable

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y sus órganos de control*. [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 23 de junio de 2023]. Disponible en https://www.ohchr.org/es/core-international-human-rights-instruments-and-their-monitoring-bodies

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *La convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité Fact Sheet Nº 24 (Rev.1)* [en línea]. Ginebra: Naciones Unidas, 2006. [Fecha de la consulta: 02 de marzo de 2023]. Disponible en https://www.ohchr.org/es/publications/fact-sheets/fact-sheet-no-24-rev-1-international-convention-migrant-workers-and-its

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS.. *Fundamentos de las Normas Internacionales de Derechos Humanos*. [en línea] s/f [Fecha de la consulta: 23 de junio de 2023] Disponible en https://www.un.org/es/about-us/udhr/foundation-of-international-human-rights-law

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Informes Anuales del Relator especial sobre los derechos humanos de los m* ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Actas y documentos de la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, del 9 al 22 de noviembre de 1969* [en línea]. Organización de Estados Americanos. 1969. [Fecha de la consulta_ 22 de marzo de 2023]. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/actas-conferencia-interamericana-derechos-humanos-1969.pdf

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Status of Ratification Interactive Dashboard* [en línea] [fecha de consulta: 04 de julio de 2023]. Disponible en: https://indicators.ohchr.org//

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS *AMERICANOS Seguimiento e implementación: mandato. Migración* [en línea]. [Fecha de la consulta: 02 de marzo de 2024]. Disponible en https://www.summit-americas.org/sisca/mig_sp.html

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Historia de la Declaración*. [en línea] [Fecha de la consulta: 24 de febrero de 2023]. Disponible en https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Fundamento de las normas internacionales de derechos humanos*. [en línea]. s/f. [Fecha de la consulta: 24 de febrero de 2022]. Disponible en https://www.un.org/es/about-us/udhr/foundation-of-international-human-rights-law

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "107a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo". [en línea]. En: *Organización Internacional del Trabajo.* 05 de junio de 2018. [Fecha de la consulta: 03 de junio de 2023]. Disponible

en: https://www.ilo.org/es/eventos-y-reuniones/conferencia-internacional-del-trabajo-cit/107a-reunion-de-la-conferencia-internacional-del-trabajo#proceedings

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA *La institución*.[en línea]. [Fecha de la consulta: 26 de mayo de 2024]. Disponible en https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/es/

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Immmigration.* Consejo de Europa [en línea]. 2022, pp. 16-57. Fecha de la consulta: 1 de marzo de 2024]. Disponible en https://ks.echr.coe.int

TRIBUNAL ERUOPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Official texts European Court of Human Right* [en línea]. [Fecha de la consulta: 20 de junio de 2023]. Disponibles https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS *Knowledge Sharing platform* [en línea] [Fecha de la consulta: 5 de julio de 2023]. Disponible en : https://ks.echr.coe.int

TRIBUNAL EURPOEO DE DERECHOS HUMANOS.-*Lex Access to European Union law* [en línea]. [Fecha de la visita: 26 de mayo de 2024]. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/eu-law.html

UNIÓN EUROPEA. "*Acquis"*, en *EUR-Lex Access to European Union law* [en línea]. [Fecha de la consulta: 26 de mayo de 2024]. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/acquis.html.