

# La situación de los/as ✈ migrantes en la constitución

**Luisa Amigo**

Abogada, asistente de investigación,  
Universidad Diego Portales.

**Sarah Deonarain**


estudiante de Economía,  
Harvard University.


**Ignacio López Silva**

Licenciado en Sociología,  
Universidad de Chile

contexto+

# Resumen

En este escrito se abordará el fenómeno migratorio con un enfoque de derechos humanos, pensando en cómo los Estados respetan, promueven o garantizan los derechos de las personas extranjeras y migrantes a través de las constituciones,  con miras en la oportunidad que presenta el actual proceso constituyente chileno para definir de manera democrática las bases que regirán la materia.

En primer lugar, se expondrá brevemente el marco internacional, entiéndase por esto lo referente a tratados internacionales que tengan relación con temas migratorios y su interpretación. En segundo lugar, se expondrán los resultados de las entrevistas realizadas a tres académicas expertas en temas migratorios. En tercer lugar se analizan las constituciones de distintos países sudamericanos y países mediterráneos europeos, las cuales se analizarán 3 niveles: primero se revisa si consagran un principio o cláusula general de igualdad y/o no discriminación, 😊 y si la cláusula destinada a efecto hace referencia a extranjeros o migrantes u otro concepto relacionado, en segundo lugar, se revisará la redacción  de los diferentes textos constitucionales en lo referente a derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales, con el fin de determinar si hay referencias explícitas a los derechos de extranjeros o migrantes, o si por el contrario se les excluye de la titularidad de algunos derechos. En tercer lugar, se revisará que dicen las constituciones mencionadas acerca de derechos más específicos sobre la materia, como el derecho a asilo, derecho a refugio, o el derecho a migrar, o principios tales como el de no devolución y protección de las familias transnacionales.

**Palabras Clave:**

Migración,  
Personas  
extranjeras,  
Derechos civiles,  
Derechos políticos,  
Derechos sociales,  
Migración irregular.

# Introducción

---

Según cifras de las Naciones Unidas, entre 2000 y 2015, hubo un aumento de 41% de migrantes internacionales, es decir 71 millones de personas que viven en un país distinto al de su nacionalidad<sup>1</sup>. En Chile, al 31 de diciembre de 2018, se estimaron 1.251.225 personas extranjeras residentes en Chile, resultado al cual se llegó mediante la combinación de la cifra censal de 2017 y los registros administrativos de servicios públicos. Esta cifra estimativa refleja un aumento de la población extranjera residente en Chile respecto de la efectivamente censada en un 67,6%<sup>2</sup>. El número podría ser mucho más alto, existiendo personas que ingresan al país de manera irregular por pasos fronterizos no habilitados, lo cual representa un desafío para el diseño de regulaciones y políticas públicas.

El actual proceso constituyente se presenta como una oportunidad para preguntarnos sobre el rol que ha tomado el Estado frente a la migración en Chile, el cual según lo conversado con las expertas, ha sido un enfoque centrado en la seguridad nacional, con ciertos programas marginales y de emergencia a niños, niñas, adolescentes y mujeres embarazadas, sin que exista un programa general que refleje preocupación sobre las condiciones de vida de los migrantes, por otra parte el proceso constituyente servirá para discutir y determinar como país, cual es la mejor forma para tomar a través de la constitución, una posición frente a la migración que tenga un enfoque en los derechos humanos de las personas migrantes que se encuentren bajo la jurisdicción chilena.

- 
1. United Nations, Department of Economic and Social Affairs. «Trends in international migration 2015» Popfacts, no. 2015/4, 2015, 1.
  2. Instituto Nacional de Estadísticas (INE), Estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2018, Informe metodológico, Disponible en [<IN-FORME INE-DEM FINAL ULT. \(extranjeria.gob.cl\)>](#)

# I. Marco Internacional

---

Para el derecho internacional, la gestión migratoria y su regulación es de competencia estatal, por lo que el contenido de la Constitución y las leyes sobre esta materia, y el diseño e implementación de políticas públicas, se definen conforme a los intereses y objetivos de cada Estado, de manera tal que los Estados tienen soberanía para determinar estos aspectos.

La Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos sobre "La situación de los extranjeros bajo el Pacto"<sup>3</sup> es clara al respecto al considerar que (i) no existe la obligación para el Estado de consagrar un estatuto jurídico igual para personas nacionales y extranjeras, por cuanto se pueden reservar ciertos derechos consagrados en el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos (PIDCP) a quienes poseen la nacionalidad (apartados 2 y 3)<sup>4</sup>; (ii) no existe el derecho de la persona extranjera a entrar y permanecer en el territorio de un Estado que no sea el de su nacionalidad (apartado 5), por lo que es legítimo a un Estado condicionar su entrada al cumplimiento de ciertos requisitos (apartado 6); y, por último, que (iii) el Estado tiene la prerrogativa de expulsar de su territorio, bajo ciertas condiciones, la persona extranjera en situación irregular o con residencia legal siempre y cuando ameriten "razones imperiosas de seguridad nacional" (apartados 9 y 10).<sup>5</sup>

La concepción de ciudadanía moderna, que aparece junto a los Estados naciones, se ha caracterizado históricamente por reproducir la lógica inclusión/exclusión dentro de la sociedad<sup>6</sup>. De esta forma, la ciudadanía durante siglos ha representado un estatus de privilegio al interior de las ciudades. Fue gracias a las conquistas sociales, sin embargo, que este concepto se fue transformando, lo cual derivó

- 
3. Naciones Unidas, Observación General n° 15 «La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos», aprobada por el Comité de Derechos Humanos, 27° período de sesiones, 11 de abril de 1986.
  4. Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A no.18, párr. 119; caso Vélez Loor vs Panamá (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 23 de noviembre. Serie C no. 218, párr. 248.
  5. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Migración y derechos humanos, Informe temático 2016 Disponible en <[Migracion-y-derechos-humanos.pdf \(uchile.cl\)](#)> pag 81.
  6. Peña, J. (2012). Migraciones y apertura cosmopolita de la ciudadanía. Arbor, 188(755), 529-542.

en ampliar el reconocimiento de la titularidad de derechos a todos/as quienes fueran parte de la sociedad, y a su vez, posibilitó complejizar la relación que tenía el Estado con el/la ciudadano/a, ampliando la garantía de derechos a civiles, políticos y, posteriormente, sociales. Sin embargo, la aparición de la migración internacional moderna volvió a restaurar la estratificación cívica dentro de la sociedad, esto es, se restituyó la diferenciación al existir sujetos que son titulares de derechos y privilegios, y sujetos que no. De esta forma, quienes no poseen la ciudadanía quedan excluidos, en principio, de los beneficios y privilegios reservados a los miembros de la comunidad, por lo que este fenómeno implicó en términos de democratización política, un retorno al pasado.<sup>7</sup>

Si bien los estados naciones son soberanos para definir aspectos de gestión migratoria y su regulación, esta soberanía no es ilimitada ni absoluta, dado que debe ser compatible con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. La universalidad de los derechos humanos es la idea central de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La universalidad significa que todos los seres humanos tienen los mismos derechos simplemente por su condición de ser humano. Debe entenderse que la universalidad está estrechamente vinculada a los siguientes principios fundamentales de los derechos humanos: la interdependencia, la indivisibilidad, la igualdad y la dignidad.<sup>8</sup> Si tenemos la situación de que la titularidad de derechos queda condicionada a la nacionalidad o a determinada situación administrativa, cabe cuestionarse si esto pone en duda el principio de universalidad de los derechos humanos.

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra reconocido en varios tratados e instrumentos internacionales<sup>9</sup>, especialmente en aquellos relacionados con grupos y personas vulnerables, entre ellos, las personas migrantes. Este debe entenderse como un principio rector en materia de derechos humanos, el cual debe impregnar los derechos y garantías, las políticas públicas y las actuaciones del Estado. Según la jurisprudencia internacional, no toda distinción o diferenciación de trato constituye una discriminación, siempre que su propósito sea legítimo, su justificación razonable y objetiva y los medios empleados proporcionales al fin pretendido.<sup>10</sup>

- 
7. Ibidem.
  8. Asamblea General de las Naciones Unidas, Septuagésimo tercer periodo de sesiones, Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales, disponible en <[A/73/227 - S - A/73/227 -Desktop \(undocs.org\)](#)>
  9. Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores y la Convención Internacional sobre la protección de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
  10. TEDH, sentencia de 23 de julio de 1968, Caso sobre ciertos aspectos de las leyes en relación al uso de idiomas en la educación en Bélgica contra Bélgica (n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), párr. 10 y sentencia de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido (n° 9214/80; 9473/81; 9474/81), párr. 72; CortelDH, OC-4/84, párr. 56 in fine-57; OC-17/2002, párr. 46-47, CortelDH, OC-18/03, párr. 84.

Según el marco del derecho internacional en materia de migrantes y extranjeros, hay ciertos estándares mínimos en materia de derechos humanos, que los estados deben respetar y garantizar, se trata de los derechos y libertades inherentes a la condición y dignidad humanas y por otra parte derechos específicos sustantivos de los migrantes. No existe en el derecho internacional prohibición alguna que impida a los estados restringir la titularidad de ciertos derechos, tales como los derechos políticos y sociales, reservándola solo para aquellas personas con calidad de ciudadanos o que posean la respectiva nacionalidad del país de que se trate. Por el contrario, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su artículo 2.3 declara que "Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos".

El estándar mínimo que el Estado debe respetar y garantizar en materia de derechos humanos de personas extranjeras y migrantes está integrado por los derechos a la vida e integridad personal, la prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, derechos de debido proceso y acceso a la justicia, todos los cuales tienen el carácter de derechos inderogables en el derecho internacional de derechos humanos, lo que significa que se han de respetar en todas las circunstancias sin excepción alguna<sup>11</sup>. Respecto a los derechos laborales, se reconocen a los trabajadores, con independencia de si su situación migratoria es regular o no, dado que estos derivan de la relación laboral. Este estándar mínimo se integra también por derechos establecidos en las convenciones específicas sobre personas migrantes, como lo es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la cual reconoce en sus artículos 12 y 13 la libertad de conciencia y religión y la libertad de expresión de los trabajadores migratorios y sus familiares. La prohibición de la expulsión colectiva se consagra en su artículo 22, el cual establece que "Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente", decisión que debe ser adoptada

---

11. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 27), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Declaración Universal de Derechos Humanos, párr. 84.

por autoridad competente conforme a la ley, y ser comunicada en un idioma que pueda entender la persona objeto de la decisión.

No se establece, en los instrumentos del derecho internacional, ningún derecho de entrada a un país que no sea el de la propia nacionalidad, salvo lo dispuesto respecto del derecho a asilo en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país". Por otra parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su artículo 8 establece que "Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen", "Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él" También se establece en el Artículo 39 que los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.

Respecto a derechos sociales, esta Convención establece para los migrantes irregulares, el "derecho a tener un trato igual a los nacionales en el sistema de seguridad social (artículo 27), y a recibir atención médica de urgencia (artículo 28). En su artículo 43 y siguientes, establece ciertos derechos de los cuales son titulares los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular", estos derechos serían, la igualdad de trato respecto de los nacionales en relación con "el acceso a instituciones y servicios de enseñanza" "el acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda", "el acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes". En este mismo sentido, según el artículo 44 dispone que "los estados tomarán las medidas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio que se encuentre en una situación migratoria regular". Este último punto tiene importante relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes, los cuales muchas veces pueden verse expuestos a la separación de sus familias como consecuencia de actos administrativos de expulsión

de extranjeros. En este sentido, según la convención en comento, la situación administrativa de la persona migrante -condición migratoria regular o irregular- determina la titularidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Existen ciertos principios, que funcionan como límite a la actuación de los Estados en materia de expulsión de extranjeros. Entre estos se encuentran, el principio de *non-refoulement* o no devolución, la prohibición de la expulsión colectiva y el derecho a la vida familiar o no separación de las familias transnacionales. El principio fundamental que se desprende de la Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951, en su artículo 33, n° 1, es el de *non-refoulement* o no devolución, que afirma que una persona refugiada no debe ser devuelta a un país donde se enfrenta a graves amenazas a su vida o su libertad o en caso de riesgo de tortura, tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>12</sup>. Según establece la Convención, los Estados tienen la obligación de colaborar con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) para garantizar que los derechos de las personas refugiadas se respeten y protejan. El artículo 22, n° 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, consigna expresamente el principio de no devolución, el cual tiene relación con el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>13</sup>. Este principio, tiene relación con la figura jurídica del refugio, a la cual se refiere la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, así como en su Protocolo de 1967 -de los que Chile es parte-, textos que consideran al refugiado como toda persona que, por fundados temores de persecución, ligados a motivos de raza, religión, nacionalidad o política, se halle fuera de su país de origen o de su residencia habitual. Esta figura también es reconocida a nivel interamericano por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, aprobada en 1984; y por el Pacto Mundial sobre los Refugiados, de 17 de diciembre de 2018.<sup>14</sup>

Respecto a la prohibición de expulsión colectiva, esta se consagra en el artículo 22 N° 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por otro lado, el artículo 22 N° 1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, establece que los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expul-

---

12. artículo art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984.

13. artículos 2 y 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

14. Jarufe, P, Normativa sobre el refugio: alcances y obligaciones del Estado chileno, disponible en <[obtienearchivo \(bcn.cl\)](#)>



sión colectiva, prescribiendo que "cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece en su artículo 13 que frente a la medida de expulsión de una persona del territorio nacional, "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 prohibición de la expulsión colectiva, además de constituir una limitación a la soberanía de los Estados, funciona como garantía contra la detención arbitraria, ya que, las expulsiones masivas suponen detenciones previas, muchas veces arbitrarias o ilegales.

El derecho a la vida familiar o no separación de las familias transnacionales, se relaciona con la protección del derecho a la familia, cuyos titulares son tanto nacionales y extranjeros, y el interés superior del niño, dado que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho a la vida familiar.<sup>15</sup> El derecho a la protección a la familia y la prohibición a las interferencias arbitrarias a la vida familiar se encuentran ampliamente reconocidos, a nivel del Sistema Interamericano en los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana, así como en los artículos V y VI de la Declaración Americana. A nivel del Sistema Universal de Derechos Humanos en los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 14 y 44 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; y en los artículos 9, 10 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

---

15. Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo*, párr.226.

## II. Expertas y su visión

A través de Plataforma Contexto, una iniciativa realizada por el Laboratorio Constitucional de la Universidad Diego Portales, Espacio Público, Corporación Humanas y el Observatorio Ciudadano, se llevaron a cabo tres entrevistas con las académicas expertas en el campo de la inmigración y Derechos Humanos: profesoras Rita Lages, Francisca Vargas y Daisy Margarit.<sup>16</sup>

Si bien estas conversaciones iban dirigidas en un principio hacia las posibilidades que una nueva Constitución abre respecto al tema de la migración, en cada una de las conversaciones estuvo siempre el tema de la identidad y el etiquetado social de los inmigrantes en Chile, la discriminación y deshumanización de los migrantes; y conceptos erróneos sobre por qué los migrantes dejan sus países de origen. La profesora Margarit planteó el tema de la hipersexualización de los migrantes afro- descendientes, afirmando que la asimilación se ha convertido en el mecanismo principal de integración de la población migrante como medio de sumisión y menoscabador su dignidad, incluso permitiendo la discriminación, en lugar de fomentar el diálogo intercultural y reconocer el aislamiento y las luchas que padecen los migrantes que intentan integrarse.

En este mismo sentido, Vargas abordó la preocupación legal de etiquetar a los migrantes como delincuentes o ilegales y discutió cuán problemáticos pueden ser los conceptos erróneos e infundados de los migrantes, sobre todo cuando son las mismas autoridades quienes públicamente hacen referencia a ellos, a través de los canales de televisión, transmitiendo así un mensaje que asocia a los migrantes con delincuencia, identificándolos como elementos nocivos para la población chilena. De ahí que el

---

16. Rita Lages es abogada, académica e investigadora en el Centro de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Daisy Margarit es socióloga, académica de la Universidad de Santiago e investigadora del Instituto de Estudios Avanzados (IDEA) de la misma universidad. Francisca Vargas es abogada, académica de la Universidad Diego Portales y encargada de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Además, Francisca es editora del Informe Anual de DDHH UDP.

discurso hegemónico contenga ideas erróneas tales como que los migrantes vienen solo para desviar beneficios del gobierno u obtener visas para sus hijos, o que han traído nuevas formas de delinquir antes inexistentes etc. En esta misma línea, Lages planteó la cuestión de los desafíos de integración que enfrenta un migrante en el micro nivel, como los niños migrantes en las escuelas. En última instancia, nuestras entrevistadas abogaron por un sistema legal que genere y refleje preocupación genuina por la vida de los migrantes en Chile.

Las expertas coincidieron en que el enfoque del Estado de Chile al tratar la migración, ha sido un enfoque centrado en la seguridad nacional, con ciertos programas marginales y de emergencia a niños, niñas, adolescentes y mujeres embarazadas, sin que exista un programa general que refleje preocupación sobre las condiciones de vida de los migrantes. Daisy Margaret afirmó que el tema migratorio ha sido trabajado desde la emergencia como un problema, y no desde las oportunidades que supone ni la incorporación en plenos derechos de las personas migrantes y sus hijos, habiendo una desarticulación del fenómeno migratorio desde la institucionalidad, donde se le ha tratado como un tema periférico. Es importante destacar que las profesoras plantearon los problemas de la falta de dinamismo en la actual ley de inmigración, que se asemeja más a un marco legal centrado en la seguridad nacional que a uno que se centra en los derechos humanos y la migración como un derecho.

Francisca Vargas invita a cuestionarnos el porqué se producen los ingresos irregulares al país, afirmando que "la migración irregular se produce porque el estado está fallando", ya que, las políticas y las leyes muchas veces fuerzan a las personas en estado de necesidad a ingresar clandestinamente, toda vez que las personas se encuentran con barreras que les impiden ejercer la migración legal.

Las expertas afirman que el cambio deber ser en todos los niveles, pero comienza en la Constitución, en este sentido, Francisca Vargas, aboga por que se contemple el derecho al libre tránsito de una manera clara, estableciéndolo como un derecho a migrar, lo que no implica establecer una migración sin límites. Además, afirma que la constitución debe ser clara en que los derechos son para todos, aunque tengan límites o condiciones. Por su parte Daisy Margaret

ve el proceso constituyente como una oportunidad para incorporar el concepto de "Pluriversidad", el cual incluye derechos de indígenas y migrantes, planteando que es importante reconocer constitucionalmente las interculturalidades y su aporte a la sociedad, abogando por reconocer una ciudadanía no asociada al estado-nación, además del "Derecho a la movilidad" y Derechos sociales básicos como salud, educación y trabajo los cuales deberían garantizarse por el hecho de residir en Chile. Rita Lages piensa que deben consagrarse constitucionalmente principios de igualdad y no discriminación aplicables a los habitantes de Chile, independiente de la nacionalidad, no estableciéndose distinción de nacionalidad para derechos fundamentales, civiles, económicos, sociales, políticos ya que son básicos para la dignidad, agregando además que la condición para ciudadanía o nacionalidad deben ser flexibles y que debería consagrarse el derecho a asilo específicamente en un artículo en la Constitución.

Las expertas afirmaron que una Constitución diversa y abierta sería innovadora, ya que los derechos fundamentales no son derechos exclusivos para la población chilena, sino que son transversales sin importar la nacionalidad de las personas. Cuando la legislación nacional y, más importante aún, los y las chilenas abandonen la creencia de que ellos son lo primero, habrá un verdadero cambio.

Pero para que ello ocurra, las expertas argumentan que es necesario otro cambio sustantivo y que dice relación con la nacionalidad y ciudadanía. Específicamente la inclusión de la ciudadanía por nacimiento en la nueva Constitución que permitiría que los niños nacidos en Chile de padres sin estatus legal sean considerados chilenos. Para Vargas hay un gran problema en la obtención de la nacionalidad en Chile, de acuerdo con ella hay niños y niñas que nacen en Chile y debido a que sus padres están en una situación irregular entonces no se consideran chilenos o chilenas, este tema es fundamental de cara a una nueva Constitución y propone que la nueva ley fundamental considere que toda persona nacida en Chile es chilena con excepción de hijos de turistas o extranjeros transeúntes. Para Lages es necesario abordar, también, el asunto de la pérdida de la nacionalidad. La Nueva Constitución debería estipular expresamente un artículo que diga que la pérdida de la nacionalidad no puede ocurrir cuando una persona se con-

vierte en apátrida, de esta manera Chile cumpliría con la obligación internacional que tiene de acuerdo con las Convenciones Internacionales sobre pueblos apátridas de 1954 y 1961, que Chile recientemente, en 2018, firmó y ratificó. Así, entonces, las expertas entrevistadas nos aportan un marco que nos permite pensar no sólo en la inclusión del tema de la migración en la nueva Constitución, sino que también en el cómo hacerlo. Lo acá expuesto responde a una visión experta respecto a este tema, en la siguiente subsección analizamos, qué es lo que se ha establecido en otras constituciones del Sudamérica y Europa mediterránea respecto al tema.

# III. Migrantes en Constituciones del mundo.

En esta sección, revisaremos las Constituciones de distintos países sudamericanos y europeos mediterráneos: Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, España, Portugal y Grecia, para lo cual fue revisada la plataforma "Constitute Project" desde donde se extractaron las constituciones vigentes. El análisis se realizará en 3 niveles, en el primero de ellos distinguiremos si se consagra no una cláusula general de igualdad y/o no discriminación y por otra parte si se menciona expresamente a migrantes o extranjeros en la cláusula destinada a efecto. En segundo lugar, se revisará la redacción de los diferentes textos constitucionales en lo referente a derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales, con el fin de determinar si hay referencias explícitas a los derechos de extranjeros o migrantes, o si por el contrario se les excluye de la titularidad de algunos derechos. En tercer lugar, se revisará que dicen las constituciones mencionadas acerca de derechos más específicos sobre la materia, como el derecho a asilo, derecho a refugio, o el derecho a migrar, o principios tales como el de no devolución y protección de las familias transnacionales.

## a) Igualdad y no discriminación

De las doce constituciones revisadas, 10 establecen una cláusula general sobre igualdad o no discriminación, lo cual exceptúa a España y Grecia, que la establecen para sus nacionales. Por otra parte, de los países revisados, tan

solo 4 mencionan expresamente a extranjeros o migrantes en la cláusula destinada a ese efecto.

Argentina dispone un principio general de igualdad en el artículo 16 de su constitución usando formulas tales como "todos sus habitantes son iguales ante la ley" y que la nación no admite "prerrogativas de sangre, ni de nacimiento" (artículo 16), sin embargo, no se menciona específicamente la discriminación a personas extranjeras o migrantes, ya que en este caso las prerrogativas de nacimiento se refieren, según el mismo artículo a títulos de nobleza.

En la constitución de Brasil aparece más explícito aún, señalando que "todos son iguales ante la ley, sin ninguna distinción, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos a la vida, a la libertad, a la igualdad..." (artículo 5). Por otra parte se plantea en su artículo 3 como objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil "III. erradicar la pobreza y la marginación, y reducir las desigualdades sociales y regionales; IV. promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación." En la Constitución de Brasil tenemos entonces que se hace referencia a un principio de igualdad y no discriminación y además se hace referencia a extranjeros de manera explícita.

La constitución de Bolivia por su parte, presenta particularidades, dado que no usa un concepto de igualdad en el sentido que lo hace Brasil y Argentina, por el contrario desde el Preámbulo de la misma se hace hincapié en la diversidad, "Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia". Aunque no usa un concepto de igualdad, se establece un principio de no discriminación, haciendo mención a extranjeros al usar la palabra nacionalidad, en su "Artículo 14: I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna. II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, con-

dición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona. VI. Las extranjeras y los extranjeros en el territorio boliviano tienen los derechos y deben cumplir los deberes establecidos en la Constitución, salvo las restricciones que ésta contenga".

La constitución de Chile, establece un principio general de igualdad al establecer en su artículo 1 establece que "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", por otra parte se establece dentro del catálogo de derechos, la igualdad ante la ley y la igualdad protección en el ejercicio de derechos, en el artículo 19 números 2 y 3, estableciendo el artículo 19 N° 2 establece que "ni la ley ni autoridad alguna podrán hacer diferencias arbitrarias". No obstante, no se establece un principio general de no discriminación que haga referencia a extranjeros, la no discriminación se menciona tangencialmente en el artículo 19 N° 16 en relación con la libertad de trabajo, y en el artículo 19 N° 22 a fines de que el estado no incurra en discriminación al autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica.

Con respecto a Colombia, la Constitución va más allá incorporando además el concepto de igualdad efectiva. Estableciendo en su Artículo 13 una cláusula general de igualdad y no discriminación, que hace referencia a extranjeros mediante las palabras "origen nacional" tal como sigue: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica", se hace mención además a un concepto de igualdad efectiva "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

La constitución de Ecuador, se asemeja en cierto sentido a la de Bolivia, dado que se hace alusión a la diversidad en el preámbulo, al reconocer sus "raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos" haciendo referencia a la "sabiduría de todas las culturas que nos



enriquecen como sociedad" y a las "luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo". En su Artículo 3 se consagra como deber primordial del Estado "Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...". Estableciendo además una cláusula general de igualdad y no discriminación, que considera explícitamente a las personas extranjeras y migrantes, al prohibir la discriminación por "lugar de nacimiento" o "condición migratoria", esto último supone una garantía mayor, toda vez que podría incluirse tanto a personas en situación migratoria irregular como regular. En lo que nos interesa, en su artículo 11 se establece que "El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad". Presentando semejanza con la redacción colombiana, al hacer alusión a la igualdad real o efectiva.

La Constitución Paraguaya, por su parte establece una cláusula general de igualdad y no discriminación, pero sin hacer referencia explícita a extranjeros o migrantes, en su Artículo 46 sobre la igualdad de las personas, "Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios".

La constitución peruana se asemeja a la chilena, en el sentido que considera la igualdad ante la ley como un derecho, en su artículo 2°, que establece: "Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Con la diferencia de que en este caso se hace referencia explícita a la discriminación, y aunque no menciona explícitamente nacionalidad o condición migratoria, podría incluirse a los migrantes dentro de la prohibición de discriminación por motivo de origen.

La Constitución de Uruguay incorpora una cláusula general de igualdad en su Artículo 8°: "Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes". No existiendo

una cláusula sobre no discriminación que haga mención a extranjeros o migrantes.

Con respecto a los países europeos, la Constitución de España, en su Artículo 14 dispone una cláusula de igualdad y no discriminación, con una redacción que no es general, de la manera siguiente "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", como se aprecia, se refiere solo a los españoles, por lo que se considerará que esta constitución no establece una cláusula general de igualdad y no discriminación, sin perjuicio de que los extranjeros puedan acceder a la nacionalidad española cumpliendo ciertos requisitos. Por otra parte, Grecia realiza una consagración del principio de igualdad de manera similar a España, toda vez que la redacción del Artículo 4 se refiere solo a los "helenos" y "ciudadanos helenos", el cual en su número 1 establece: "Los helenos son iguales ante la ley" y en su número 7 establece "No se otorgarán ni reconocerán títulos de nobleza o de distinción a los ciudadanos helenos" lo cual deja por fuera a los extranjeros no nacionalizados o que encuentren en una situación migratoria irregular, por lo que consideramos que la constitución griega no consagra una cláusula o principio general de igualdad o no discriminación. Por último Portugal, en el artículo 12 N°1 de la constitución, establece la igualdad ante la ley para los ciudadanos, mientras que en el número 2 del mismo artículo establece una cláusula general de no discriminación "Nadie podrá ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o eximido de algún deber por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, educación, situación económica, circunstancias sociales u orientación sexual", donde la categoría "territorio de origen" es la que aplica a este caso.

## b) Derechos civiles

Dentro de las constituciones revisadas, encontramos varias que establecen explícitamente los mismos derechos civiles para los ciudadanos y para los extranjeros o nacionales. Entre estas encontramos la de Argentina, que

dispone en su Artículo 20 que "los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes", otorgando además a todos los habitantes las garantías del debido proceso en su artículo 18. La constitución de Brasil, establece en su artículo 5 que "Todos son iguales ante la ley, sin ninguna distinción, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad de los derechos a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad.", en los términos que indica el mismo artículo, dentro de los términos enumerados aparece la libertad de conciencia "VI. la libertad de conciencia y de creencia es inviolable, asegurando el libre ejercicio de creencias religiosas y garantizando, en ley, la protección de espacios religiosos y sus prácticas; nadie será privado de ningún derecho por motivo de creencia religiosa o por convicción filosófica o política".

En Colombia (Artículo 100) se establece que "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros". Dentro de este grupo se encuentran también la constitución de España, que en su artículo 13 prescribe que "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley" y la de Portugal, que establece en el artículo 15 que "Los extranjeros y los apátridas que se encuentren o residan en Portugal gozarán de los mismos derechos y estarán sujetos a los mismos deberes que los ciudadanos Portugueses", estableciendo ciertas excepciones que no se refieren a derechos civiles.

Hay otro grupo de constituciones donde se reconocen derechos civiles a "todas las personas", sin referirse a nacionales y extranjeros, dentro de este grupo se encuentra la constitución Chilena que, en el catálogo de derechos recogido en el artículo 19, se consagra como titulares a "todas las personas". La constitución de Paraguay también reconoce derechos civiles a "todas las personas", entre estos encontramos la libertad de asociación, el "derecho a

la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada", "derecho a la intimidad", derecho de reunión y manifestación, libertad de expresión, libertad religiosa e ideológica. (Artículos 24 y siguientes). En la constitución peruana, en su Artículo 2, consagra derechos civiles instituyendo como su titular a "toda persona", considerando los derechos "A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar", así como también la libertad de conciencia y de religión y las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. La constitución de Uruguay, en su Artículo 7° establece que "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general." La Constitución ecuatoriana recoge los derechos civiles bajo el título "Derechos de libertad"(Artículo 66), los cuales se reconocen y garantizan "a las personas", entre estos se encuentran el "derecho a la inviolabilidad de la vida", derecho a la integridad personal, derecho al libre desarrollo de la personalidad, libertad de culto o creencias y el "derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones", el derecho de asociación y reunión y derecho a manifestarse, además del derecho de privacidad.

Por último hay un par de constituciones que excluye a los migrantes o extranjeros de la titularidad de derechos civiles. La Constitución de Bolivia, realiza una división entre "derechos fundamentales" y "derechos civiles", disponiéndose como titular de los primeros a "toda persona" y de los segundos a "bolivianas y bolivianos". Aquellos derechos de los que sería titular toda persona, y por ende los migrantes o extranjeros, son derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual (Artículo 15.I), por otra parte, en cuanto a los derechos civiles, tales como privacidad, "libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto", "libertad de reunión y asociación", el derecho a "a expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio", la libertad de residencia, permanencia y circulación en todo el territorio boliviano, que incluye la salida e ingreso del país, sus titulares serían las bolivianas y bolivianos según la Constitución. (Artículo 21). De manera similar la constitución de Grecia, establece en su Artículo 5 que "Todos los que se encuentren en el territorio helénico gozarán

de la protección absoluta de sus vidas, de su honor y de su libertad individual", asimismo establece en su artículo 13 que la libertad de conciencia religiosa es inviolable, y en su artículo 14 que "Cada uno podrá expresar y difundir sus pensamientos por la palabra, por escrito y por la prensa, con observancia de las leyes del Estado.", sin embargo pero en su Artículo 11 restringe el derecho a reunión solamente

## c) Derechos políticos

En lo que respecta a derechos políticos, de los trece países revisados, Chile, Ecuador, España, Bolivia, Paraguay y Uruguay garantizan explícitamente el derecho a sufragio a extranjeros. De estos, solo Chile y Ecuador consagran este derecho tanto para elecciones locales como para nacionales, mientras que los demás permiten sufragar para elecciones locales. Ninguno de los países revisados reconoce a migrantes el derecho a ser elegido en alguna elección, excepto España, que solo lo garantiza parcialmente.

En el caso de Chile, la constitución reconoce explícitamente el derecho a sufragio a "los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13..." (artículo 14). Estos requisitos señalados en el artículo 13 es que sean mayores de 18 años y no hayan sido condenados a pena aflictiva. En lo que respecta a Ecuador, en el artículo 61 de su constitución atribuye el derecho a votar y ser elegido solo a "ecuatorianos y ecuatorianas", sin embargo, en el artículo 63 extiende la titularidad del derecho a sufragar a extranjeros, al señalar que "las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años". En la constitución de España se garantiza el derecho a sufragar y ser elegido en las elecciones locales solo a extranjeros de Estados que cumplan con el criterio de reciprocidad. Esto significa que se extiende la titularidad de estos derechos políticos a los ciudadanos de Estados que a su vez lo reconozcan a españoles. La constitución española lo dicta de la siguiente forma "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". De esta forma, se considera que la constitución de España garantiza solo parcialmente el derecho a votar en elecciones municipales y el derecho a ser elegido, ya que no es extensivo a todos/as los/as extranjeros.

En la constitución Boliviana, en su Artículo 27 se establece que "Las extranjeras y los extranjeros residentes en Bolivia tienen derecho a sufragar en las elecciones municipales, conforme a la ley, aplicando principios de reciprocidad internacional." Por su parte la de Paraguay, en su artículo 120 establece el derecho a sufragio de Los extranjeros con radicación definitiva en las elecciones municipales. El texto constitucional de Uruguay, establece en su artículo 78 que "tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República."

El resto de los países revisados en la minuta no consagran explícitamente derechos políticos a extranjeros en sus distintas constituciones. En Argentina se establece que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio (At 37), en la constitución de Brasil se establece explícitamente, en su artículo 14, que los "extranjeros no pueden registrarse para votar" y que "personas que no se pueden registrar para votar y analfabetos no son elegibles".

En los casos de Colombia y Perú, es necesario hacer algunas precisiones. En la constitución de Colombia, en los artículos 40, 96, 98 y 99 se establece una vinculación directa entre nacionalidad y ciudadanía, dejando afuera a los/as extranjeros. Sin embargo, el artículo 100 afirma que "la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital" lo que significa que, si bien esta constitución no garantiza derechos políticos a extranjeros, si propone que sea la ley quien lo determine para las elecciones locales. En lo que respecta a Perú, los artículos 30 y 31 de su constitución establecen que sólo los nacionales peruanos podrán participar políticamente, aunque al hablar de derecho a sufragar en elecciones locales no se

refiere a peruanos o ciudadanos, sino que a "vecinos", lo que genera que se reenvíe a la legislación ordinaria para su configuración definitiva.

Finalmente, en el caso de los países europeos, la constitución de Grecia no se refiere a los derechos políticos de personas extranjeras, estableciendo en su artículo 4 que "solo ciudadanos helenos serán admitidos al ejercicio de funciones públicas". Por su parte, la de Portugal, en su artículo 15 exceptúa a los extranjeros y apátridas de la titularidad de derechos políticos, aunque atenuando esta disposición con una aplicación casuística del principio de reciprocidad, en el caso de elecciones locales.

## d) Derechos sociales

En las constituciones revisadas casi no se encuentra ninguna referencia a extranjeros o migrantes al regular los derechos sociales, dado que estos aspectos son más bien entregados a la ley y regulación infra legal. No obstante, la mayoría de las constituciones utiliza un lenguaje amplio para definir la titularidad de estos derechos, usando para algunos derechos como la salud y educación formulas tales como "todas las personas" o "todos los habitantes" y estableciéndose explícitamente que se sujetaran a regulación y/o limitaciones legales, y reservando muchas veces algunos derechos sociales, como el derecho a la vivienda, para personas con nacionalidad. A continuación revisaremos qué dicen las constituciones indicadas sobre los derechos sociales.

En la Constitución argentina, por ejemplo, no encontramos ningún derecho social entre los que establece el artículo 14 como pertenecientes a todos los habitantes de la nación. El artículo 14 bis establece derechos laborales, cuyo titular es "el trabajador", remitiéndose a la protección de las leyes, lo que indica que en definitiva es la ley la que define la situación de trabajadores migratorios. La constitución de Brasil tampoco establece derechos sociales para extranjeros o migrantes, solo se limita en su artículo 6 a decir cuáles son los derechos sociales, dejando abierta su titularidad para que se especifique por regulación infraconstitucional.

En la constitución de Bolivia, el titular del derecho a la educación (Artículo 17) y del derecho a la salud (artículo 18) es "toda persona", de la siguiente manera: "Toda persona tiene derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación", "Todas las personas tienen derecho a la salud", "El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna", esta redacción amplia respecto del derecho a la salud y educación, facilita que en leyes y otra regulación infraconstitucional se incluya a migrantes. También se establece en el artículo 46, el derecho al "trabajo digno" cuyo titular es "toda persona". Por el contrario, los titulares del derecho de "acceder a la seguridad social" son "las bolivianas y los bolivianos" (Artículo 45).

Respecto de los derechos sociales en la constitución de Colombia, establece en su Artículo 100 que "los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley". En el Artículo 25 establece que "Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas", en el Artículo 48 establece que "Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social", en su Artículo 67 se dispone que "La educación es un derecho de la persona" en el artículo 49 "Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud", estableciéndose que "La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria". En el artículo 50 se establece que "Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia". Por el contrario, el derecho a "vivienda digna", se establece solo para "todos los colombianos" (artículo 51).

En Chile, en el artículo 19 N° 9, se establece que "Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado", en relación con el artículo 19 N° 10 establece la obligación para el estado, de financiar un sistema gratuito para asegurar el acceso a educación básica y media a toda la población", en lo relati-



vo al derecho a la seguridad social, se establece que la ley regulará su ejercicio.

En el artículo 11 de la constitución ecuatoriana se establece que todas las personas gozarán de los mismos derechos, para más adelante establecer que "la educación es un derecho de las personas", "la salud es un derecho que garantiza en Estado", por su parte el artículo 33 garantiza derechos laborales a "personas trabajadoras", y también se establece que "el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas".

La constitución de Perú En su artículo 7 establece que "todos tienen derecho a la protección de la salud", disponiéndose como fin de la política nacional de salud "el acceso equitativo a los servicios de salud" (Artículo 9°), por otra parte, en el Artículo 10° se dispone que "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social".

Paraguay dispone en su constitución respecto del derecho a la salud como "derecho fundamental de la persona", que "nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes" (Artículo 68), sobre el derecho a la educación consigna que toda persona tiene derecho a la educación integral y permanente (Artículo 73), no se establece expresamente ningún derecho social a personas migrantes o extranjeras. Uruguay por su parte establece que "el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes" (artículo 44).

España, en el Artículo 27 de su constitución establece que "todos tienen el derecho a la educación", el derecho a la seguridad social se garantiza a "todos los ciudadanos" (Artículo 41), en el artículo 43 se reconoce el derecho a la protección de la salud, disponiendo que "la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto", por último, solo los españoles son titulares del derecho a la vivienda digna.

La constitución de Portugal, en su Artículo 15, dispone que "los extranjeros y los apátridas que se encuentren o residan en Portugal gozarán de los mismos derechos y estarán sujetos a los mismos deberes que los ciudadanos portu-

gueses", lo cual es concordante con lo establecido en el artículo 59 sobre los derechos de los trabajadores, el cual prescribe que todos los trabajadores, sin distinción de edad, sexo, raza, nacionalidad, religión o ideología, tendrán derecho a asistencia material cuando el trabajador se encuentre involuntariamente desempleado y a la asistencia cuando se es víctima de accidente de trabajo, entre otros que establece el mismo artículo, compitiendo al Estado "proteger las condiciones de trabajo de los trabajadores emigrantes y garantizar sus beneficios sociales", respecto a los derechos a la seguridad social y la salud, se establece que "todos" son sus titulares, en sus artículos 63 y 64, respectivamente, entregando el detalle a regulación infraconstitucional.

La constitución de Grecia establece en su artículo 5 que "todos tienen derecho a la protección de su salud", y en su artículo 22 dispone que "todos los que trabajan tendrán derecho, sin tenerse en cuenta su sexo ni otras distinciones, a la misma remuneración por el trabajo de igual valor realizado", por el contrario, el derecho a instrucción o educación gratuita se reserva solo a los helenos (Artículo 16).

## e) Derechos o principios específicos

Todas las constituciones revisadas, menos la chilena, incorporan principios o derechos específicos relacionados con las personas migrantes, tales como el derecho al libre tránsito y al asilo y refugio, mientras que las constituciones de Ecuador y Portugal son las únicas que establecen explícitamente el derecho a migrar.

La constitución Argentina, en su Artículo 14 establece para todos los habitantes de la nación el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, cuyo ejercicio será reglamentado por la ley. En su artículo 25 prescribe que "el gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejo-

rar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes". Por otra parte la de Brasil, en su artículo 4, establece que la república se regirá en sus relaciones internacionales por el principio de asilo político, y en su artículo 5.XV. garantiza a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país "el desplazamiento en el territorio nacional el libre en tiempo de paz, pudiendo cualquier persona, como provisto por ley, entrar, permanecer o salir con todos sus bienes."

La Constitución Boliviana, en su artículo 29 reconoce a las extranjeras y los extranjeros el derecho a pedir y recibir asilo o refugio por persecución política o ideológica, de conformidad con las leyes y los tratados internacionales. El mismo artículo incorpora los principios de no-devolución y protección de la familia de la siguiente manera "Toda persona a quien se haya otorgado en Bolivia asilo o refugio no será expulsada o entregada a un país donde su vida, integridad, seguridad o libertad peligran". Agregando que "El Estado atenderá de manera positiva, humanitaria y expedita las solicitudes de reunificación familiar que se presenten por padres o hijos asilados o refugiados".

En la constitución de Colombia, en su Artículo 36 se reconoce el derecho de asilo en los términos previstos en la ley, por otra parte solo los colombianos son titulares del derecho "a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia", sin perjuicio de que cumpliendo los requisitos, un extranjero pueda obtener la nacionalidad colombiana.

La constitución de Ecuador, en su Artículo 40 reconoce a las personas el "derecho a migrar", prescribiendo además en el mismo artículo que "No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria". El Artículo 41 reconoce los "derechos de asilo y refugio", consignando que "las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos", incluso se contempla la posibilidad de otorgar el estatuto de refugiado a un colectivo, de acuerdo con la ley. Se establece también en este artículo que "no se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad". Se establece que "el Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asis-

tencia humanitaria y jurídica de emergencia". Por último, la constitución de Ecuador, en el capítulo sobre principios de las relaciones internacionales, en el Artículo 416, propugna el "principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur." y "exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humano".

Paraguay, establece en su Artículo 41 el "derecho al tránsito" estableciendo que "los habitantes pueden transitar libremente por el territorio nacional, cambiar de domicilio o de residencia, ausentarse de la República o volver a ella y, de acuerdo con la ley, incorporar sus bienes al país o sacarlos de él. Las migraciones serán reglamentadas por la ley, con observancia de estos derechos", el ingreso de los extranjeros sin radicación definitiva en el país también será regulado por la ley, considerando los convenios internacionales sobre la materia. Por otra parte, se establece que "Los extranjeros con radicación definitiva en el país no serán obligados a abandonarlo sino en virtud de sentencia judicial".

Paraguay reconoce el derecho de asilo en el Artículo 43 de su Constitución, a "toda persona perseguida por motivos o delitos políticos o por delitos comunes conexos, así como por sus opiniones o por sus creencias", estableciendo además que "ningún asilado político será trasladado compulsivamente al país cuyas autoridades lo persigan", lo que se relaciona con el principio de no-devolución.

La constitución de Perú, establece en su artículo 2 número 11, el derecho de "toda persona", a "elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería". También se reconoce en el Artículo 36° el derecho al asilo político, estableciendo que, en caso de expulsión, no se entrega el asilado al país cuyo gobierno lo persigue. La constitución uruguaya, en su artículo 37 prescribe que "es libre la entrada de toda persona en el territorio de la República, su permanencia en él y su salida con sus bienes,

observando las leyes y salvo perjuicios de terceros. La inmigración deberá ser reglamentada por la ley, pero en ningún caso el inmigrante adolecerá de defectos físicos, mentales o morales que puedan perjudicar a la sociedad."

En España, el derecho a entrar y salir libremente del territorio nacional se establece solo para los españoles, en los términos que la ley establezca (Artículo 19), de manera similar en la Constitución de Grecia solo los helenos tienen la libertad de entrar y salir del país (Artículo 5.4)

La constitución portuguesa, en su Artículo 44 establece el Derecho de desplazamiento y de emigración "Se garantiza a todos el derecho a emigrar o salir del territorio nacional, así como el derecho de regreso". En su Artículo 33, se establece que la deportación solo podrá ser otorgada por una autoridad judicial y se garantiza "el derecho de asilo a los extranjeros o apátridas que estén bajo grave amenaza o sean objeto de persecución como resultado de sus actividades a favor de la democracia, la liberación social o nacional, la paz entre los pueblos, la libertad o los derechos humanos". Se establece además que "La ley definirá el estatuto de refugiado político".

En Chile no hay consagración alguna de derechos o principios específicos.

A continuación, se muestra tabla resumen, donde la X significa SI, por el contrario si el recuadro se encuentra en blanco es porque NO existe consagración normativa relativa a la afirmación recogida en el lado izquierdo.

Garantías consagradas	 Ar	 Br	 Ch	 Col	 Bol	 Ec	 Par	 Pe	 Ur	 Por	 Gre	 Es
Contempla clausula general de igualdad - no discriminación	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x		
Menciona explícitamente a migrantes o motivos de nacionalidad u origen.		x		x	x	x		x		x		
Derechos civiles												
Establece explícitamente los mismos derechos civiles para los ciudadanos y para los extranjeros o nacionales.	x	x		x						x		x
Reconoce derechos civiles a "todas las personas".			x			x	x	x	x			
Excluye a migrantes o extranjeros de la titularidad de derechos civiles.					x						x	
Derechos Políticos												
Garantiza explícitamente el derecho a sufragio a extranjeros.			x		x	x	x		x			x
Garantiza derecho a sufragio a extranjeros para elecciones nacionales.			x			x						
Garantiza derecho a sufragio a extranjeros para elecciones locales.			x		x	x	x		x			x
Derecho a ser elegido.												x
Garantiza explícitamente derechos sociales a extranjeros				x						x		
Garantiza explícitamente derechos o principios específicos en materia de migración.	x	x		x	x	x	x	x	x	x	x	x

## Síntesis

Para el derecho internacional, la gestión migratoria y su regulación es de competencia estatal, por lo que el contenido de la Constitución y las leyes sobre esta materia, y el diseño e implementación de políticas públicas, se definen conforme a los intereses y objetivos de cada Estado, de manera tal que los Estados tienen soberanía para determinar estos aspectos, esta soberanía no es ilimitada ni absoluta, dado que debe ser compatible con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Según el marco del derecho internacional en materia de migrantes y extranjeros, hay ciertos estándares mínimos en materia de derechos humanos, que los estados deben respetar y garantizar, se trata de los derechos y libertades inherentes a la condición y dignidad humanas y por otra parte derechos específicos sustantivos de los migrantes, existiendo ciertos principios, que funcionan como límite a la actuación de los Estados en materia de expulsión de extranjeros.

Las expertas coincidieron en que el enfoque del Estado de Chile al tratar la migración, ha sido un enfoque centrado en la seguridad nacional, el tema migratorio ha sido trabajado desde la emergencia como un problema, y no desde las oportunidades que supone ni la incorporación en plenos derechos de las personas migrantes y sus hijos, habiendo una desarticulación del fenómeno migratorio desde la institucionalidad, donde se le ha tratado como un tema periférico. Las expertas afirman que el cambio comienza en la Constitución, en este sentido, recomiendan que se contemple en ella el derecho al libre tránsito o “derecho a la movilidad” de una manera clara, estableciéndolo como un derecho a migrar, además del derecho de asilo, planteando que es importante reconocer constitucionalmente las interculturalidades y su aporte a la sociedad, lo que no implica establecer una migración sin límites, además de derechos sociales básicos como salud, educación y trabajo, los cuales deberían garantizarse por el hecho de residir en Chile.

En relación con la migración en las constituciones del mundo, con respecto a la cláusula general de igualdad y/o no discriminación, de las doce constituciones revisadas, 10 establecen una cláusula general sobre Igualdad o no discriminación, lo cual exceptúa a España y Grecia, que la establecen para sus nacionales. Por otra parte, de los países revisados, tan solo 4 mencionan expresamente a extranjeros o migrantes en la cláusula destinada a efecto. En lo relativo a consagración de derechos civiles, políticos y sociales, los resultados muestran que los derechos civiles suelen estar más consagrados que los derechos políticos y sociales. Dentro de las constituciones revisadas, encontramos varias que establecen explícitamente los mismos derechos civiles para los ciudadanos y para los extranjeros o nacionales. Hay otro grupo de constituciones donde se reconocen derechos civiles a “todas las personas”, sin referirse a nacionales y extranjeros. Por último hay un par de constituciones que excluye a los migrantes o extranjeros de la titularidad de derechos civiles. En lo que respecta a derechos políticos, de los doce países revisados, Chile, Ecuador, España, Bolivia, Paraguay y Uruguay garantizan explícitamente el derecho a sufragio a extranjeros. De estos, solo Chile y Ecuador consagran este derecho tanto para elecciones locales como para nacionales mientras



que los demás permiten sufragar para elecciones locales. Ninguno de los países revisados reconoce a migrantes el derecho a ser elegido en alguna elección, excepto España, que solo lo garantiza parcialmente.

En las constituciones revisadas casi no se encuentra ninguna referencia a extranjeros o migrantes al regular los derechos sociales, dado que estos aspectos son más bien entregados a la ley y regulación infra legal. No obstante, la mayoría de las constituciones utiliza un lenguaje amplio para definir la titularidad de estos derechos, usando para algunos derechos como la salud y educación formulas tales como “todas las personas” o “todos los habitantes” y estableciéndose explícitamente que se sujetaran a regulación y/o limitaciones legales, y reservando muchas veces algunos derechos sociales, como el derecho a la vivienda, para personas con nacionalidad.

Resulta interesante el caso de la constitución ecuatoriana ya que se ha convertido en vanguardia por su propuesta de una categoría distinta de ciudadano al introducir el concepto de “ciudadanía universal” en algunos apartados de su constitución. Ahora, si bien en esta constitución se sigue hablando de “ciudadanos” y “ecuatorianos”, se notan estos avances por reducir la estratificación cívica entre ciudadanos y residentes al proponer en su artículo 9 que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas.

Todas las constituciones revisadas, menos la chilena, incorporan principios o derechos específicos relacionados con las personas migrantes, tales como el derecho al libre tránsito y al asilo y refugio, mientras que las constituciones de Ecuador y Portugal son las que establecen explícitamente un derecho a migrar.



## Bibliografía de interés

Asamblea General de las Naciones Unidas, Septuagésimo tercer periodo de sesiones, Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales, disponible en [<A/73/227 - S - A/73/227 -Desktop \(undocs.org\)>](#)

Beca, J. P. (2019). Ciudadanía y migración. ¿Son compatibles? Estudios Constitucionales, 17(2), 193-224.

Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Migración y derechos humanos, Informe temático 2016 Disponible en [<Migracion-y-derechos-humanos.pdf \(uchile.cl\)>](#) pag 81.

Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A no.18, párr. 119;

Corte IDH caso Vélez Loor vs Panamá (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C no. 218.

Corte IDH, caso Familia Pacheco Tíneo vs Bolivia (excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C no. 272.

Instituto Nacional de Estadísticas (INE), Estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2018, Informe metodológico, Disponible en [<INFORME INE-DEM FINAL ULT. \(extranjeria.gob.cl\)>](#)

Jarufe, P, Normativa sobre el refugio: alcances y obligaciones del Estado chileno, disponible en [<obtienearchivo \(bcn.cl\)>](#)

Jiménez Arce, C. (2012). Los derechos políticos de los residentes extranjeros: la ciudadanía inclusiva (Tesis doctoral). Universidad de Córdoba.

Naciones Unidas, Observación General n° 15 «La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos», aprobada por el Comité de Derechos Humanos, 27° período de sesiones, 11 de abril de 1986.

Naciones Unidas, Observación General N° 27 «Libertad de circulación» (artículo 12), 2 de noviembre de 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, aprobada por el Comité de derechos humanos en la 1783° sesión (67° período de sesiones), celebrada el 18 de octubre de 1999, párr. 1.

Peña, J. (2012). Migraciones y apertura cosmopolita de la ciudadanía. Arbor, 188(755), 529-542.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de julio de 1968, Caso sobre ciertos aspectos de las leyes en relación al uso de idiomas en la educación en Bélgica contra Bélgica (n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido (n° 9214/80; 9473/81; 9474/81).

United Nations, Department of Economic and Social Affairs. «Trends in international migration 2015» Popfacts, no. 2015/4, 2015.