



Universidad Austral de Chile  
*Conocimiento y Naturaleza*



VNIVERSITAT  
DE VALÈNCIA

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, MENCIÓN CONSTITUCIONALISMO  
Y DERECHO (UACH)**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y  
JUSTICIA INTERNACIONAL (UV)**

**EL CONTROL MIGRATORIO EN EL ESTADO  
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO: ADMISIÓN, VISADO  
Y EXPULSIÓN DE PERSONAS MIGRANTES EN EL  
DERECHO CONTEMPORÁNEO**

**TESIS DOCTORAL**

**RAMÓN VÍCTOR MAYORGA MC DONALD**

**DIRIGIDA POR:  
DR. PABLO MARSHALL BARBERÁN (UACH)  
DRA. MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (UV)**

**VALDIVIA – CHILE / VALÈNCIA – ESPAÑA  
OCTUBRE DE 2022**

# **EL CONTROL MIGRATORIO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO: ADMISIÓN, VISADO Y EXPULSIÓN DE PERSONAS MIGRANTES EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO**

Tesis presentada a la Escuela de Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile como parte de los requisitos para optar al grado de Doctor en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho

Tesis presentada a la Escuela de Doctorado de la Universitat de València como parte de los requisitos para optar al grado de Doctor en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional

por

**RAMÓN VÍCTOR MAYORGA MC DONALD**

Director: Dr. Pablo Marshall Barberán (UACH)

Directora: Dra. María José Añón Roig (UV)

**Valdivia – Chile / València – España  
Octubre de 2022**

## INFORME DE APROBACIÓN DE TESIS DE DOCTORADO

La Comisión Evaluadora de la Tesis Doctoral comunica a la Dirección de la Escuela de Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, y a la Escuela de Doctorado de la Universitat de València que la tesis de doctorado presentada por el candidato

### RAMÓN VÍCTOR MAYORGA MC DONALD

Ha sido aprobada en el examen de defensa de Tesis rendido el día \_\_ de \_\_\_\_\_ de 202\_\_, como requisito para optar al grado de Doctor en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho y al grado de Doctor en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional. Y, para que así conste para todos los efectos firman:

Patrocinante de Tesis:

Dra. Pablo Marshall Barberán (UACH)

-----

Patrocinante de Tesis:

Dra. María José Añón Roig (UV)

-----

Comisión Evaluadora de Tesis:

Dra. Ángeles Solanes Corella (UV)

-----

Dra. Mayra Feddersen Martínez (UAI)

-----

Dr. Marcos Andrade Moreno (UACH)

-----

*A Victor McDonald Ravana,  
Iris Astorga Mansilla  
y María Saldivia Álvarez*

## AGRADECIMIENTOS

No es posible concluir esta desafiante etapa personal y académica sin antes agradecer brevemente a todas aquellas personas e instituciones que de una u otra forma han contribuido a que hoy pueda culminar este proceso. En primer lugar, agradezco a Daniela, por su amor, apoyo, comprensión y paciencia, sin las cuales no hubiese conseguido terminar satisfactoriamente este trabajo. A mi madre, Iris, agradezco por todo su amor, confianza y sacrificio. A través de ellas, agradezco a toda mi familia por su apoyo y palabras de aliento a lo largo de este camino.

Agradezco a Pablo Marshall Barberán, amigo y director de tesis, por haber sido un pilar fundamental en el desarrollo de este trabajo, y una influencia clave en el desarrollo de mi vocación como académico e investigador. Pocas personas inciden tanto en el propio proyecto de vida, y Pablo ha sido una de esas personas. Desde que lo conocí el año 2008 siendo él un joven profesor de Derecho Constitucional y yo un estudiante recién llegado a Valdivia desde Magallanes, no ha dejado de creer en mis capacidades, y de motivarme a seguir una carrera académica. Estaré siempre agradecido de su generosidad.

Agradezco a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, institución a la que debo mi formación académica desde el pregrado, y a todo el cuerpo académico y personal administrativo del Programa de Doctorado en Derecho. Agradezco especialmente al Programa por haberme apoyado los dos primeros años de doctorado a través de la beca que permitió dedicarme en exclusiva a cursar este programa de postgrado.

También agradezco a la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), por haberme beneficiado con la Beca de Doctorado Nacional que además me permitió viajar a València a realizar las estancias de investigación para el desarrollo de mi tesis en el Instituto de Derechos Humanos (IDH).

Agradezco a la profesora María José Añón, por su hospitalidad, apoyo y compromiso con el desarrollo de este trabajo y la tramitación del convenio que ha permitido defender esta tesis en régimen de co-titulación entre la Universidad Austral de Chile y la Universitat de València. Por su intermedio, a todas las personas que hicieron de mi paso por València un tiempo excepcional (pese a las adversidades durante los momentos más duros de la pandemia), incluyendo al personal de la Biblioteca de Ciencias Sociales “Gregori Maians”.

Igualmente agradezco a mis colegas del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Magallanes, por su apoyo y valiosa colaboración en mis funciones como Jefe de la Carrera de Derecho, que me permitieron dedicar parte de mi tiempo a concluir este trabajo.

Por último, agradezco a mis queridos compañeros y amigos del Programa de Doctorado en Derecho con mención en Constitucionalismo y Derecho, por haber hecho más grato este largo andar. Al interior de este valioso grupo humano pude conocer a personas con grandes virtudes intelectuales y humanas. Merece una especial mención, Luis Palacios Sanabria, entrañable amigo que me regalaron estos años y con quien compartimos múltiples diálogos sobre los derechos de quienes migran y la vida en general en nuestros andares diarios por el Campus Isla Teja de la Universidad Austral de Chile.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>13</b>
<b>Capítulo I: POLÍTICA MIGRATORIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO .....</b>	<b>7</b>
<b>I. Introducción.....</b>	<b>7</b>
<b>II. Política migratoria: el tratamiento estatal al fenómeno de la movilidad humana internacional.....</b>	<b>9</b>
<b>1. El concepto de ‘política migratoria’ .....</b>	<b>9</b>
<b>2. Los elementos de la ‘política migratoria’.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Primer elemento: la política internacional de diálogo y colaboración con países de origen y tránsito de los flujos migratorios.....</b>	<b>15</b>
<b>2.2 Segundo elemento: la política de control de los flujos migratorios .....</b>	<b>16</b>
<b>2.3 Tercer elemento: la política de gestión de la presencia inmigrante y su integración .....</b>	<b>21</b>
<b>2.4 Cuarto elemento: la política de nacionalidad.....</b>	<b>23</b>
<b>3. Los modelos de ‘política migratoria’.....</b>	<b>24</b>
<b>3.1 Modelo anglosajón post colonial.....</b>	<b>26</b>
<b>3.2 Modelo centro y nor-europeo.....</b>	<b>27</b>
<b>3.3 Modelo sud-europeo.....</b>	<b>28</b>
<b>3.4 Modelo de kafala .....</b>	<b>30</b>
<b>3.5 Modelo sudamericano.....</b>	<b>32</b>
<b>4. Los enfoques de ‘política migratoria’ o modelos de ‘gobernanza migratoria’ .....</b>	<b>34</b>
<b>4.1 El ‘enfoque securitista’: las personas migrantes como ‘amenaza a la seguridad’ .....</b>	<b>36</b>
<b>4.2 El ‘enfoque de mercado’ o de ‘beneficios compartidos’: las personas migrantes como ‘capital humano’ útil para el desarrollo económico .....</b>	<b>38</b>
<b>4.3 El ‘enfoque de derechos’ o de ‘desarrollo humano para las migraciones’: las personas migrantes como ‘sujetos de derechos’.....</b>	<b>41</b>
<b>III. El Estado constitucional democrático como marco para el diseño y la implementación de las políticas migratorias .....</b>	<b>43</b>
<b>1. La noción de Estado constitucional democrático en el discurso jurídico-político .....</b>	<b>44</b>
<b>2. Los rasgos definitorios del modelo de Estado constitucional democrático.....</b>	<b>45</b>
<b>2.1 El Estado constitucional como un Estado de derecho .....</b>	<b>46</b>
<b>2.2 El Estado constitucional como un Estado democrático.....</b>	<b>47</b>

2.3	El Estado constitucional como un Estado con reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales.....	49
2.4	¿El Estado constitucional como un Estado-nación y un Estado capitalista?	52
3.	La crisis o deterioro del Estado constitucional democrático .....	53
IV.	Contradicciones y tensiones de las políticas de control migratorio con la garantía de los derechos fundamentales en el mundo contemporáneo .....	55
1.	El control a la inmigración en el mundo contemporáneo: panorama general..	56
1.1	Los Estados Unidos de Norteamérica: “ <i>The American Dream</i> ” y las políticas restrictivas .....	57
1.2	El espacio europeo: la “Europa fortaleza” y las políticas de “retorno” ....	59
1.3	Chile: Un nuevo destino para las migraciones internacionales en América Latina	62
1.4	Un enfoque compartido: políticas migratorias sectoriales, unilaterales, instrumentales y cortoplacistas.....	65
2.	El privilegio de la libre circulación internacional y la (mal llamada) ‘paradoja liberal’ .....	67
3.	La discriminación y arbitrariedad como vicios estructurales de los sistemas de control migratorio .....	69
4.	La ley migratoria como ‘estatuto de excepción’ aplicable a los extranjeros .....	72
V.	Conclusiones .....	76
Capítulo II: EL DERECHO HUMANO A MIGRAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL .....		80
I.	Introducción.....	80
II.	El reconocimiento internacional de las potestades de control migratorio y su alcance .....	82
1.	Aproximación clásica: el control migratorio como competencia estatal discrecional .....	83
1.1	El derecho de admisión.....	84
1.2	El derecho de visar la permanencia .....	85
1.3	El derecho de expulsión .....	86
2.	Aproximación contemporánea: el control migratorio como competencia estatal reglada.....	88
2.1	Del standard mínimo al reconocimiento pleno de derechos a los migrantes	89



2.2	El posicionamiento del derecho internacional migratorio como marco de las políticas de control a la inmigración en los Estados contemporáneos .....	90
III.	El derecho humano a migrar como un principio general para el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración .....	94
1.	Emigración: el derecho humano a salir de cualquier país, incluido el propio ..	98
2.	Retorno: El derecho humano a retornar al propio país .....	101
3.	Inmigración: ¿Un derecho humano a ingresar y permanecer en un país distinto al de la propia nacionalidad? .....	103
3.1	El debate relativo a su reconocimiento internacional.....	107
3.2	Las premisas básicas de la discusión: lectura crítica y necesidad de reformulación .....	112
3.3	Estrategias alternativas para el reconocimiento del derecho a inmigrar como un derecho humano.....	115
3.4	Los rasgos y alcances del derecho humano a inmigrar .....	125
IV.	Principales estándares internacionales para el ejercicio del control migratorio .....	133
1.	No discriminación .....	134
2.	No devolución (non refoulement) .....	137
3.	Unidad familiar e interés superior de niños, niñas y adolescentes .....	141
4.	Debido proceso y garantías frente a la privación de libertad .....	145
V.	Conclusiones .....	154
<b>Capítulo III: MOVILIDAD HUMANA Y CONTROL MIGRATORIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL: EL CASO CHILENO.....</b>		
<b>158</b>		
I.	Introducción.....	158
II.	La constitucionalización del derecho migratorio y de extranjería a nivel comparado .....	161
1.	Referencias al fenómeno migratorio en los textos constitucionales: disposiciones orgánicas y sustantivas .....	163
1.1	Disposiciones de carácter orgánico.....	164
1.2	Disposiciones de carácter sustantivo .....	165
2.	¿Constituciones sin referencias explícitas al fenómeno migratorio? .....	168
III.	El caso chileno: el tratamiento de la migración y extranjería en la Constitución de 1980.....	171

1.	La irrelevancia constitucional de la nacionalidad en el contexto de un proyecto político hostil a la “amenaza foránea” .....	172
1.1	El rol de la “subversión extranjera” en la instauración del control migratorio en Chile .....	172
1.2	El “enemigo externo”: La inspiración nacionalista tras el proyecto refundacional de la dictadura .....	176
2.	Las “bases de la institucionalidad” como un marco para el diseño de una política de control a los flujos migratorios .....	179
2.1	La supremacía de la persona humana en relación al Estado.....	180
2.2	La familia como núcleo fundamental de la sociedad y su protección .....	186
2.3	Los deberes estatales por mandato constitucional.....	190
3.	El sistema de derechos fundamentales en relación con las personas en contexto de movilidad .....	198
3.1	La titularidad de derechos de las personas extranjeras en la Constitución de 1980	198
3.2	El derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 19 n° 2) .....	202
3.3	El derecho a un debido proceso (artículo 19 n° 3).....	207
3.4	El derecho a la libre circulación y residencia (artículo 19 n° 7) .....	212
IV.	El tratamiento estatal al fenómeno migratorio en la propuesta constitucional chilena de 2022.....	217
1.	La “cuestión migratoria” en la discusión al interior de la Convención Constitucional.....	218
2.	Principales innovaciones de la propuesta constitucional en materia de movilidad humana internacional.....	222
V.	Conclusiones .....	228
<b>Capítulo IV: LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL MIGRATORIO Y EL MODELO DE ‘FRONTERAS POROSAS’ A LA INMIGRACIÓN .....</b>		<b>232</b>
I.	Introducción.....	232
II.	Tesis abolicionistas con relación al control migratorio: fronteras abiertas .....	236
1.	Antecedentes: el derecho natural a la libre circulación y a la hospitalidad en la obra de Vitoria, Grocio y Kant.....	236
2.	El argumento igualitarista y la justicia correctiva.....	240
3.	El argumento libertario.....	244
3.1	Control migratorio y derecho a la libre circulación internacional.....	244
3.2	Control migratorio y derecho a la libre contratación.....	246

4. El argumento democrático .....	247
5. El argumento utilitarista .....	249
<b>III. Tesis restriccionistas con relación a la libre circulación: fronteras cerradas</b> .....	<b>251</b>
1. Antecedentes: un derecho estatal de admisión a extranjeros en la obra de Pufendorf y Wolff .....	252
2. El argumento cultural o identitario.....	254
3. El argumento de la autodeterminación: libertad de asociación, obligaciones forzosas y régimen democrático .....	259
3.1 Autodeterminación y libertad de asociación .....	260
3.2 Autodeterminación y obligaciones forzosas.....	261
3.3 Autodeterminación y régimen democrático .....	263
4. El argumento fiscal o económico .....	264
5. El argumento de seguridad .....	267
<b>IV. Una aproximación ecléctica y su compatibilidad con un Estado constitucional democrático: la tesis de ‘fronteras porosas’ a la inmigración</b> .....	<b>269</b>
1. ¿Es el control a la inmigración compatible con la vigencia de un Estado constitucional democrático?.....	272
2. ¿Qué modelo de fronteras resulta más compatible con el ejercicio del derecho a controlar la inmigración en el Estado constitucional democrático? .....	281
2.1 La tesis de “fronteras porosas” a la inmigración en “Los derechos de los otros” de Seyla Benhabib .....	283
2.2 La política de control a la inmigración en “ <i>Immigration and Democracy</i> ” de Sarah Song y “ <i>Strangers in our Midst</i> ” de David Miller.....	285
<b>V. Conclusiones</b> .....	<b>288</b>
<b>Capítulo V: EXCLUSIONES MIGRATORIAS: JUICIO A SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA Y ADJETIVA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO</b> .....	<b>293</b>
<b>I. Introducción</b> .....	<b>293</b>
<b>II. Dimensión material o sustantiva de la exclusión de personas migrantes: juicio a las causales de inadmisibilidad migratoria</b> .....	<b>295</b>
1. Exclusiones por motivos raciales, étnicos o culturales .....	297
2. Exclusiones por motivos ideológicos.....	304
3. Exclusiones por motivos médicos o sanitarios.....	310

4. Exclusiones por motivos delictuales o penales.....	316
5. Exclusiones por motivos socioeconómicos .....	324
<b>III. Dimensión procedimental o adjetiva de la exclusión de personas migrantes: la expulsión del país y el tratamiento de la libertad personal por la autoridad migratoria .....</b>	<b>333</b>
1. Aproximación conceptual: expulsión, deportación, no admisión, devolución, extradición .....	334
2. Exigencias adjetivas o procesales para el ejercicio del ‘derecho de expulsión’ por parte de los Estados .....	339
3. La detención migratoria: el tratamiento de la libertad personal de las personas migrantes en el contexto del procedimiento de expulsión .....	342
3.1 La detención migratoria como una clase de ‘arresto administrativo’ y su impacto en los derechos de las personas migrantes .....	343
3.2 La intervención del juez en la detención migratoria puesta en el contexto comparado .....	348
3.3 La necesidad de un control judicial reforzado frente a la privación de libertad .....	355
<b>IV. Conclusiones.....</b>	<b>362</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>366</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>371</b>

## RESUMEN

El Estado *importa* cuando se trata de comprender la migración, y los rasgos clave del modelo de Estado constitucional democrático han de reflejarse en la gestión estatal de los flujos migratorios. La juridicidad del diseño e implementación de las políticas de control a la inmigración descansa en dos pilares básicos como son el orden jurídico internacional y el derecho constitucional, que han de aterrizar en los distintos niveles en que se despliega el control migratorio. No puede decirse que exista política migratoria sin control, contando los Estados con un conjunto de competencias robustamente reconocidas a nivel internacional, aunque paulatina y progresivamente reguladas y limitadas por un cada vez más sólido “derecho humano a migrar”. A su vez, la legitimidad del control migratorio descansa en la autodeterminación política del pueblo, y está condicionada a un ejercicio calificado, en el marco de un sistema de fronteras “porosas”.

**Palabras clave:** *Control migratorio – Derecho humano a migrar – Estado constitucional democrático*

# **IMMIGRATION CONTROL AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: ADMISSION, VISA AND DEPORTATION OF MIGRANTS IN CONTEMPORARY LAW**

## **ABSTRACT**

The State *matters* when we try to understand immigration, and the key features of the constitutional democracy must be reflected in State management of migratory flows. The legality of design and implementation of immigration control policies rests on two basic supports: international law and constitutional law. It is not possible to say that there is an immigration policy without immigration control. The States have competencies robustly recognized at the international law, although they are gradually regulated and limited by an increasingly strong “human right to migrate”. In turn, the legitimacy of migration control rests on the political self-determination of peoples, and it is conditioned to a qualified exercise, in a system of "porous" borders.

**Key words:** *Immigration Control - Human Right to Migration - Constitutional Democracy*

## INTRODUCCIÓN

En junio de 2022, más de una veintena de migrantes subsaharianos murieron y más de sesenta resultaron heridos al intentar cruzar masivamente la valla fronteriza en el enclave español de Melilla, al norte de África y fronterizo con Marruecos. Aunque los reportes oficiales manifestaban que los hechos se produjeron debido al asalto violento de los migrantes, que habría producido una avalancha en que las víctimas fallecieron asfixiadas o aplastadas, igualmente se denunció un uso indiscriminado de la violencia policial para repeler el ingreso, tanto por parte de la Gendarmería marroquí como de la Guardia Civil española<sup>1</sup>. *Human Rights Watch* denunció la existencia de registros de las fuerzas de seguridad pateando y golpeando a los migrantes, a la vez que se lanzaba gas lacrimógeno contra la multitud, incluyendo a quienes se encontraban aferrados a la valla, a una considerable altitud y en una situación de evidente riesgo y vulnerabilidad<sup>2</sup>.

Mientras tanto en el altiplano chileno, a miles de kilómetros de distancia, y en pleno Desierto de Atacama, la localidad de Colchane ha sido testigo de una crisis humanitaria y migratoria sin precedentes en la historia del país. En medio de un clima hostil y a más de 3.700 metros de altitud, más de un centenar de personas migrantes (la mayoría de ellas, de nacionalidad venezolana) cruzan a diario la frontera chilena con Bolivia, eludiendo toda clase de control y a vista y paciencia de las autoridades<sup>3</sup>. La inacción estatal, y las decisiones erráticas, han transformado a Chile en un “generador de irregularidad” con todo lo que ello significa. Aunque se ha robustecido la presencia policial y militar, el flujo de ingreso irregular ha continuado, favoreciendo no solo el crimen organizado, el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, sino que costando la vida de decenas de personas durante la dura travesía, con temperaturas extremas, en el desierto más árido del mundo<sup>4</sup>.

Más allá del contexto fronterizo en que transcurren ¿qué tienen en común los hechos acontecidos en Melilla y en Colchane? Es relativamente sencillo identificar elementos compartidos. En uno y otro caso, por supuesto, están involucrados agentes del Estado y personas

---

<sup>1</sup> “La tragedia bajo la valla de Melilla que nadie pudo tapar en Marruecos”, *El País*, 25 de junio de 2022.

<sup>2</sup> “Marruecos/España: horribles muertes de migrantes en la frontera de Melilla”, *Human Rights Watch*, 30 de junio de 2022.

<sup>3</sup> “Ingreso irregular de migrantes por Colchane no se detiene y Monsalve reconoce que Estado de Excepción no sirvió”, *El Mostrador*, 20 de junio de 2022.

<sup>4</sup> “Crisis migratoria: Tránsito irregular en frontera de Colchane cobra su vigésima víctima”, *Ex Ante*, 10 de noviembre de 2021.

persiguiendo cruzar (o cruzando) las fronteras de un país diferente al de su propia nacionalidad en búsqueda de una vida mejor o huyendo de conflictos, crisis, hambrunas, miseria. Pero además, en ambos casos tenemos a Estados ejerciendo de maneras muy opuestas competencias que desde la modernidad han sido consideradas como intrínsecas a la soberanía territorial, y que desde hace poco más de un siglo han venido a jugar un papel fundamental en un mundo globalizado, crecientemente interdependiente e interconectado. Se trata del control migratorio, elemento clave de toda política de tratamiento estatal a la movilidad humana, e indubitadamente el rostro menos amigable de la misma, sobre todo cuando su ejercicio involucra dosis altas de coacción.

En los acontecimientos de Melilla, vemos a un Estado ejerciendo el control de la inmigración de una manera que podríamos caracterizar a lo menos de activamente hostil y desconsiderada, o inclusive de desprecio a la vida y dignidad humana. En los acontecimientos de Colchane, en cambio, tenemos a un Estado que a través de su pasividad, inactividad o renuncia al ejercicio del control de la inmigración, parece demostrar la misma hostilidad, desconsideración, indiferencia y desprecio por quienes cruzan sus fronteras.

Pero hay otro elemento clave que no puede dejar de mencionarse aquí. En ambos casos estamos hablando de Estados que declaran abiertamente su compromiso con ciertos valores y principios que inspiran su forma de organización política y jurídica. España se autodefine, entre otras cosas, como un “Estado social y democrático de Derecho”<sup>5</sup> y Chile como “una república democrática”<sup>6</sup> en que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”<sup>7</sup>. Es decir, se trata de Estados cuyos cimientos descansan (a lo menos) en el respeto al principio de juridicidad, la vigencia de un régimen democrático y el respeto por los derechos humanos.

Cuando hablamos de la respuesta que Estados que adscriben a estos principios han de ofrecer a la situación de quienes se desplazan forzosamente (huyendo de la guerra, la persecución, o violaciones masivas a los derechos humanos) resulta que, al menos en teoría, existe un consenso mucho más amplio que se refleja en las obligaciones que explícitamente han asumido la mayoría de democracias constitucionales del mundo. Comenzando por el reconocimiento del derecho a solicitar asilo y refugio en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos de 1948 y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1952. Y reiteramos que en teoría, pues cualquier

---

<sup>5</sup> Constitución Española, 1978, artículo 1.1.

<sup>6</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 4°.

<sup>7</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 5° inciso 2.



lector con algún grado de conocimiento sobre el asunto entenderá que aquello no se ha traducido en la práctica.

En cambio, cuando del ingreso y la permanencia de quienes no migran huyendo de la guerra, ni de la persecución, ni de violaciones masivas a los derechos humanos se trata, dicho consenso o acuerdo es más bien inexistente. Los Estados son extremadamente esquivos a la hora de asumir compromisos o reconocer obligaciones con las personas migrantes, pensando en que su soberanía territorial se encuentra comprometida. Quienes emprenden un proyecto migratorio en búsqueda de una vida mejor, de oportunidades laborales, de reencontrarse con familiares o de un ambiente más seguro para sus hijos, parecen no ser merecedores de consideración ni destinatarios de obligaciones de los Estados receptores. Es esta la clase de migración sobre la cual invitamos a reflexionar en las páginas que siguen, dejando de lado (al menos por esta vez) la situación especial en la que se encuentran solicitantes de asilo y refugiados, sin perjuicio de que muchas de las reflexiones planteadas resultarán igualmente pertinentes a su respecto.

La mayoría de los Estados contemporáneos en Europa y América se organizan bajo el modelo constitucional democrático. En ellos parecen enfrentarse permanentemente la exigencia de resguardar y garantizar los derechos de las personas migrantes, por un lado, y la necesidad de ejercer un control efectivo sobre el ingreso, permanencia, residencia y salida de quienes se desplazan a través de las fronteras estatales. Para muchas personas ambos intereses parecen irreconciliables. Pero ¿qué consecuencias tiene la adopción del modelo de Estado constitucional democrático en el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración? ¿cuáles son los pilares sobre los cuales ha de construirse un control migratorio democrático y liberal? ¿cuál es el impacto que la vigencia de estos pilares ha de tener en la exclusión de potenciales migrantes por parte de los Estados que declaran adscribir a esta fórmula estatal?

Sin adelantar aún las respuestas que formularemos a estas interrogantes, parece estar bastante claro es que ni Melilla ni Colchane son un ejemplo a seguir si se busca ser consecuente con los valores y principios que inspiran el modelo de Estado constitucional democrático. Sin embargo, no ha sido tarea sencilla encontrar una fórmula que concilie equilibradamente los intereses aquí involucrados. El motivo es que las respuestas formuladas tradicionalmente frente a estas preguntas obedecen a una lógica binaria, polarizada, dicotómica, antagónica y excluyente. Para una parte del discurso político y académico, existe una especie de tabú frente a la sola idea de reconocer derechos a las personas migrantes y de concebir como regladas y limitadas las potestades con que los Estados

ejercen el control de la movilidad humana internacional. Para la otra parte, en cambio, parece existir el mismo tabú cuando se transparenta la necesidad de aplicar medidas como la inadmisión, el reembarco, el rechazo o la revocación de un permiso de residencia, o la expulsión de una persona migrante en miras del interés general.

En dicho contexto, el objetivo de este trabajo es examinar la compatibilidad del control migratorio con el modelo de Estado constitucional democrático y los límites que para su ejercicio demanda el respeto y garantía de los derechos humanos de quienes migran. Con ello, pretendemos identificar un modelo de fronteras compatible con esta fórmula estatal y su impacto en el diseño e implementación de políticas de control a la inmigración, particularmente de aquellas que involucran la exclusión de potenciales migrantes.

En este sentido, las reflexiones que plantearemos están dirigidas tanto a quienes se resisten a la idea de un derecho humano a migrar, como a quienes se resisten a reconocer legitimidad al ejercicio de dispositivos de control a la inmigración, a veces coactivos por su propia naturaleza. A lo largo de estas páginas, sostendremos que el robusto reconocimiento internacional de las competencias que los Estados tienen en materia de control migratorio no involucra descartar la existencia de un derecho humano a migrar, y viceversa. No se trata, en consecuencia, de dos presupuestos mutuamente excluyentes. Por el contrario, en un Estado constitucional democrático pueden coexistir, y aunque no sin dificultades, ofrecer conjuntamente una respuesta a los desafíos que el abordaje jurídico de la inmigración demanda en un mundo globalizado, en que la movilidad humana internacional es un rasgo estructural.

Plantearemos que el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración dentro de un Estado constitucional democrático descansan en dos pilares básicos, como son el orden jurídico internacional y el derecho constitucional. A partir de ellos será posible sostener que es inconcebible una política migratoria sin control de flujos, y que la consagración y regulación jurídica de potestades de control en materia de admisión, visado y expulsión no solo son necesarias para el resguardo de determinados intereses legítimos protegidos por los Estados, sino que además para someter a la autoridad a las exigencias derivadas de la vigencia plena del principio de juridicidad en el trato que ofrecen a las personas migrantes.

La legitimidad de las competencias por medio de las cuales se ejerce el control migratorio descansa fundamentalmente en el derecho de todo pueblo a auto determinarse, contando además con un sólido reconocimiento internacional. No obstante, son igualmente robustos los estándares

internacionales y constitucionales a los que los Estados constitucionales democráticos se someten autolimitándose en el ejercicio de dichas competencias. Entre dichas exigencias destaca el reconocimiento de un derecho humano a migrar que como veremos puede significar al menos dos cosas, ninguna de las cuales (valga señalar) es el desmantelamiento de los dispositivos de control estatal y la abolición de las fronteras. Se trata de un derecho que, aunque limitado y con un ejercicio condicionado (como también lo son otros derechos humanos), no es “puramente ornamental” ni “aspiracional”, sino que tiene consecuencias concretas.

La propuesta metodológica de esta investigación descansa también en dos pilares básicos. Por una parte, en el recurso a la dogmática jurídica para dar cuenta del fundamento normativo de las potestades con que los Estados cuentan para el control de la inmigración y de un derecho humano a migrar, incorporando tanto el prisma del derecho internacional público general y del derecho internacional de los derechos humanos, como también del derecho constitucional y el derecho migratorio interno de los Estados. Por otra parte, en el recurso a la filosofía jurídica, que a su vez se nutre de la filosofía política y moral, para reflexionar sobre la posición que ocupan las personas migrantes en el seno de las sociedades receptoras y el trato que reciben por parte de los Estados, como también para dar cuenta de la legitimidad o justificación que tiene la exclusión migratoria en una sociedad democrática y liberal.

El trabajo que aquí presentamos se estructura en cinco capítulos. El primero de ellos tiene por objeto ofrecer una aproximación conceptual a las políticas migratorias, y diagnosticar el deterioro que ha enfrentado el respeto de los principios básicos que inspiran la organización de los Estados constitucionales democráticos en materia de control a la inmigración. El segundo y tercer capítulo tienen por objeto dar cuenta de los dos grandes pilares en los cuales ha de descansar el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración en una democracia constitucional: el orden jurídico internacional y el derecho constitucional. El cuarto capítulo, en tanto, tiene por propósito reflexionar acerca de la justificación del control a la inmigración y el modelo de fronteras más compatible con una sociedad democrática y liberal, recurriendo al tratamiento que la filosofía moral y política ha dado al fenómeno de la movilidad humana internacional. Por último, a través del quinto capítulo aterrizaremos el andamiaje teórico y dogmático desarrollado previamente a las dos dimensiones a través de las cuales se despliega la exclusión de personas migrantes: la material o sustantiva, por un lado, y la procedimental o adjetiva, por otro.

A lo largo de sus páginas, esta investigación pretende ofrecer una modesta aportación a una discusión que, por supuesto, no se pretende acabar aquí. Las contradicciones de la propia condición humana dificultan la tarea de encontrar un consenso que permita una convivencia pacífica y respetuosa entre los pueblos políticamente autodeterminados que habitan este planeta. Dificultan, pero no imposibilitan. Más que construir muros o cavar zanjas, resulta fundamental tender puentes que permitan comprender la legitimidad de múltiples intereses involucrados que requieren de una justa ponderación.

Tal como plantea Javier de Lucas a partir de Rousseau, existen dos rasgos de la condición humana cuyas contraposiciones y conflictos estamos llamados a asumir: nuestra condición de animales migratorios, que cruzan fronteras siguiendo la senda de la libertad y de las riquezas; y nuestra condición de animales territoriales, que erigen toda clase de fronteras, vallas y muros<sup>8</sup>. Desde el reconocimiento y consolidación de un conjunto de consensos civilizatorios básicos en materia de trato digno y respeto a quienes dejan su lugar de origen en búsqueda de una vida mejor, la historia del derecho migratorio ha sido tanto el producto de resistencias por parte de los Estados, como de pequeñas pero significativas conquistas de derechos, incesantes, que avanzan hacia una dirección respecto de la cual no podemos permitirnos retroceder.

---

<sup>8</sup> DE LUCAS, 2016b, p. 93.

## Capítulo I

### POLÍTICA MIGRATORIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

#### I. Introducción

El Estado constitucional es hasta hoy el modelo de organización jurídico-política prevaleciente en los Estados con instituciones democráticas más avanzadas. Bajo su imperio, los derechos humanos han alcanzado protagonismo como nunca en la historia. Se trata del modelo de Estado que, aún con sus propias falencias y debilidades, ha ofrecido mayores garantías para el resguardo de la convivencia pacífica y la protección de los derechos fundamentales. Sus defectos han quedado en evidencia con la errática respuesta de los Estados frente a los gigantescos desafíos que han generado fenómenos de alcance global como el auge del populismo, el resurgir de discursos nacionalistas y racistas, el terrorismo, la crisis climática o la pandemia del COVID-19. Cada uno de estos retos de alcance global ha puesto a prueba, más que en cualquier otro momento, los cimientos del Estado constitucional, cuestión que resulta, por lo menos, inquietante.

La segunda mitad de la década de 2010 ha transformado sorprendentemente el panorama político global. Los masivos desplazamientos de población huyendo de la guerra, la violencia o el hambre han reactivado antiguos discursos nacionalistas y racistas, con los que se han abanderizado partidos y movimientos políticos. No han sido pocos los casos en que líderes populistas han obtenido dividendos electorales gracias a la dialéctica anti-inmigrante, cuestión que ha colocado en peligro la efectividad de los derechos de quienes migran, y constituye un preocupante síntoma del deterioro del Estado constitucional contemporáneo.

Aunque dicha forma de organización ha extendido el respeto y la garantía de los derechos humanos más que cualquier otra, hemos visto cómo se han multiplicado los abusos sobre distintos grupos, producto de un ejercicio arbitrario y discriminatorio de las potestades estatales. En el caso de muchos migrantes, el contexto de movilidad en que se encuentran y su origen étnico o cultural, los coloca en una posición de profunda desventaja frente a las autoridades estatales, que suelen tratarlos como forasteros sospechosos de los que siempre hay que desconfiar. Así, para los migrantes más necesitados, no existe igualdad de trato respecto de los nacionales del país de destino ni de algunos otros extranjeros considerados menos “indeseables”. A los primeros no se reconocen

los mismos derechos que a los demás, aplicándoseles un verdadero “estatuto de excepción”. Los rechazos en frontera, las denegaciones de visa, las redadas y detenciones con sesgo racial, y las expulsiones o deportaciones arbitrarias son parte de esta realidad.

En este contexto, el presente capítulo tiene dos grandes propósitos. El primero es ofrecer una aproximación conceptual al abordaje estatal de la movilidad humana internacional a través de las políticas migratorias, particularmente aquellas que tienen por objeto ejercer control sobre el ingreso, permanencia y salida de personas migrantes. El segundo propósito es diagnosticar el deterioro que ha enfrentado el respeto de los principios básicos que inspiran la organización de los Estados constitucionales en materia de control a la inmigración, reflexionando acerca de si las políticas adoptadas por dichos Estados son o no un reflejo de los principios que dicen abrazar (y que son la base de su propia organización político-jurídica).

A este respecto nos interesa dejar en evidencia que no existe política migratoria sin control a los flujos, y que el control no es un enfoque sino un elemento básico de toda política migratoria, que debe dialogar con los restantes elementos de ésta y ser abordado jurídicamente a través de un enfoque centrado en el respeto y garantía de los derechos de las personas migrantes. Desafortunadamente, las políticas de control a la inmigración adoptadas por la mayoría de los países receptores de flujos de movilidad humana no son coherentes con los principios básicos que fundan el modelo de Estado constitucional, siendo éste un síntoma de su deterioro como forma de organización político-jurídica. La frecuencia e intensidad con que se adoptan y aplican medidas que discriminan arbitrariamente a las personas migrantes por su nacionalidad o raza, o que les someten a procedimientos en que las autoridades policiales o de extranjería les despojan de garantías mínimas de un debido proceso (como el derecho a ser oído, el derecho a un intérprete, o el derecho a recurrir de una decisión desfavorable), tensiona y contradice los cimientos mismos del Estado constitucional como garante de los derechos fundamentales.

Lo que estas políticas migratorias intentan sin éxito esconder, es el esfuerzo de muchos Estados por contener determinados flujos de inmigración considerados indeseables para sus intereses políticos o económicos. Así, en la práctica, los nacionales de ciertos Estados, personas con un poder adquisitivo elevado, o con altas cualificaciones profesionales tienen el privilegio de circular y residir libremente en múltiples países; a la vez que todos los demás apenas pueden moverse por un puñado de ellos, o tras superar los múltiples obstáculos que los Estados instalan en su camino. Además, una vez que consiguen ingresar y permanecer en el territorio de otro Estado, se les aplica

un estatuto jurídico que opera como un verdadero “régimen de excepción”, colocándolos al margen del pleno reconocimiento y garantía de sus derechos fundamentales.

El presente capítulo se estructura en tres secciones. La primera sección tiene por objeto aproximarnos conceptualmente a las políticas migratorias, dando cuenta de su concepto, sus elementos, los principales modelos comparados de éstas y los diversos enfoques con que se diseñan e implementan en la práctica de los Estados contemporáneos. La segunda de ellas, a su vez, tiene por objeto describir los rasgos fundamentales del Estado constitucional contemporáneo, marco político-jurídico dentro del cual se adoptan y aplican las políticas de migratorias en la actualidad, particularmente aquellas relativas al control ejercido sobre el ingreso, la permanencia y el egreso de personas migrantes del territorio estatal. La tercera sección, por último, evidenciará el deterioro de los Estados constitucionales considerando las tensiones y contradicciones que existen entre las políticas de control migratorio y los principios básicos que estructuran a dicho modelo de Estado como principal garante de los derechos fundamentales.

## **II. Política migratoria: el tratamiento estatal al fenómeno de la movilidad humana internacional**

Antes de involucrarnos en el análisis de las distintas dimensiones e instituciones propias de un abordaje jurídico del control a la inmigración en el Estado constitucional democrático, resulta fundamental ofrecer una aproximación teórica a las políticas migratorias. Para los propósitos de este trabajo, no solo resulta valioso dar cuenta qué se entiende por tal en el discurso especializado en la materia, sino que resulta igualmente importante ofrecer una mirada panorámica de los elementos que integran este campo de la acción estatal, las tipologías que se han formulado para dar cuenta de los distintos modelos o regímenes migratorios que se han desarrollado y consolidado en distintas regiones del mundo, y los diferentes enfoques que han inspirado el diseño y la implementación de las políticas migratorias estatales, particularmente de aquellas que forman parte de la dimensión del control a la inmigración.

### **1. El concepto de ‘política migratoria’**

La primera cuestión que merece la pena recordar antes de iniciar el itinerario que hemos planteado, es que las políticas migratorias integran el campo de aquello conocido como “políticas públicas”. Esto puede parecer evidente, pero lo cierto es que en muchos casos se trata de una consideración obviada. Plantear que las políticas migratorias son una clase de políticas públicas demanda recordar la tradicional distinción formulada entre dos expresiones para las cuales la

lengua castellana carece de una traducción exacta: por una parte, de la noción de “*Politics*” (política) y, por otra, de la noción de “*Policy/Policies*” (políticas). La primera de estas expresiones alude, en términos generales, a aquella actividad a través de la cual los grupos humanos toman decisiones colectivas<sup>9</sup>, particularmente dentro de sociedades organizadas que cuentan con un gobierno e instituciones propias. La segunda expresión, en tanto, atiende precisamente a aquello que, en nuestro medio, conocemos (de modo no poco pleonástico o redundante) como “políticas públicas”<sup>10</sup>. Dentro de esta segunda noción encontramos a la política migratoria (que, por lo mismo, es conocida en la lengua inglesa como “*Migration Policy*” (o “*Migration Policies*”).

Como es de suponer, no existe un concepto unitario o unánime de “políticas públicas”. Por tratarse de una expresión de uso frecuente en el discurso político, mediático y académico, suelen producirse diferencias o imprecisiones en cuanto a su significado, de las que se desprenden equívocos analíticos y dificultades operativas<sup>11</sup>. Ha existido cierta tendencia a extender (en el lenguaje cotidiano, pero también en ciertas miradas especializadas clásicas) el alcance de dicha expresión, abarcando toda clase de acciones gubernamentales, de manera tal que prácticamente cualquier intervención gubernamental es considerada una política pública. En efecto, el concepto tradicional ha asignado a éstas un carácter eminentemente estatal. Es, por ejemplo, el caso del concepto de Meny y Thoening, autores franceses para quienes las políticas públicas corresponden al “programa de acción de una autoridad pública o al resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental”<sup>12</sup>.

Sin embargo, existe hoy relativo consenso en reconocer que también la sociedad civil y los cuerpos intermedios de la misma juegan un papel clave en el diseño y la implementación de estas políticas. Lo contrario sería equivalente a plantear que las autoridades políticas y administrativas poseen un monopolio excluyente del tratamiento de los problemas colectivos de una sociedad o un

---

<sup>9</sup> HAGUE et al, 1994.

<sup>10</sup> ROTH, 2006. El concepto de política pública tiene tres acepciones: la política, concebida como el ámbito del gobierno de las sociedades humanas (*polity*). Segundo, la política como la actividad de organización y lucha por el control del poder (*politics*). Y, finalmente, la política como designación de los propósitos y programas de las autoridades públicas (*policy*).

<sup>11</sup> LAHERA PARADA, 2002, p. 4.

<sup>12</sup> MENY y THOENING, 1992, p. 89. Para estos autores, el estudio de las políticas públicas, no es otra cosa que el estudio de la acción de las autoridades públicas. “Otro uso del término política distingue lo que los ingleses designan con la palabra *policy*, ya sea un marco de orientación para la acción, un programa o una perspectiva de actividad. Así se dice que un gobierno tiene una política económica, o sea que realizan un conjunto de intervenciones, que elige hacer o no hacer ciertas cosas en un campo específico, en este caso, la economía. Es en este último sentido en el que cabe hablar claramente de política pública; es decir, de los actos y de los “no actos comprometidos” de una autoridad pública frente a un problema o sector relevante de su competencia”.



sector de ella, en circunstancias que existen múltiples formas de tratamiento de los problemas colectivos<sup>13</sup>. Pensemos, por ejemplo, como es que, frente al aumento sostenido de la inmigración hacia Chile durante la última década, han jugado un papel clave en el abordaje de dicho fenómeno organizaciones tales como el Servicio Jesuita a Migrantes o las Clínicas Jurídicas universitarias, que se han posicionado como actores importantes en la materia.

Es por ello que, frente a dicha concepción tradicional, se ha posicionado una concepción moderna que, superando el paradigma estatalista en exceso, ha ofrecido un concepto que no monopoliza en la autoridad estatal toda influencia y acción en el tratamiento de problemáticas de carácter público y colectivo. Es, por ejemplo, el caso del concepto ofrecido por Lahera Parada, para quien las políticas públicas corresponden a “cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática, los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado”<sup>14</sup>. En la misma línea, conceptos como el de Aguilar, para quien las políticas públicas son también “cursos de acción que sigue un actor o un conjunto de actores al tratar un problema o asunto de interés”<sup>15</sup>.

Lo cierto es que más allá de la amplitud del concepto adoptado, existen múltiples clases de políticas públicas, algunas de carácter sectorial (cuando abordan un campo específico de las necesidades y problemáticas colectivas) e intersectorial (cuando la complejidad del asunto requiere abordar conjuntamente dos o más campos). Es, por ejemplo, el caso de las políticas educativas, las políticas culturales, las políticas económicas, las políticas sanitarias o las políticas habitacionales. Es igualmente el caso de las políticas migratorias, con sus propias particularidades, por cierto.

El término “política migratoria” (empleado en singular o plural, al igual que el término “política pública”) ha sido definido desde más de un ámbito disciplinar, y de múltiples formas. Se plantea que esta expresión puede tener al menos dos sentidos: uno descriptivo o sociológico y otro normativo o jurídico<sup>16</sup>. Desde el plano sociológico, la política migratoria ha sido definida en el medio chileno, por ejemplo, como “un sistema de condicionalidades para acceder a los derechos y, al mismo tiempo, el conjunto de mecanismos que inducen a la superación de esa

---

<sup>13</sup> LAHERA PARADA, 2002, p. 4.

<sup>14</sup> LAHERA PARADA, 2002, p. 4.

<sup>15</sup> AGUILAR, 2005, p. 25. El concepto de políticas presta atención a lo que de hecho se efectúa y lleva a cabo, más que a lo que se propone y quiere. Las políticas se conforman mediante un conjunto de decisión, y la elección entre alternativas”.

<sup>16</sup> ANDRADE MORENO, 2022.

condicionalidad”<sup>17</sup>. Jurídicamente hablando se ha planteado, por ejemplo, que la política migratoria “está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”<sup>18</sup>.

La mayoría de estas definiciones, que podríamos denominar tradicionales u ortodoxas, son propias de una concepción estatalista de las políticas públicas. Es el caso del concepto de Livi Bacci, quien se refiere a la política migratoria como “la intervención gubernamental (o de un señor, o de instituciones poderosas) con intención de dirigir, planificar y sostener los flujos migratorios”<sup>19</sup>. Lo mismo puede decirse del concepto ofrecido por Velasco, quien define a las políticas migratorias, como el “conjunto de medidas jurídicas y administrativas que regulan el acceso y la estancia de los extranjeros en un determinado territorio”<sup>20</sup>. El concepto de Freeman, a su vez, plantea que hablamos de un “conjunto de esfuerzos estatales dirigidos al control y la regularización de entradas en un territorio nacional y a estipular las condiciones de residencia de las personas que buscan un asentamiento permanente, un trabajo temporal o un estatus de refugiado”<sup>21</sup>.

La mayoría de estos conceptos tradicionales u ortodoxos entienden las políticas migratorias de una manera bastante minimalista, pues se centran apenas en una de las dimensiones del abordaje al fenómeno migratorio: el control sobre el ingreso, la permanencia y la salida de extranjeros en el territorio. Es cierto que a lo largo de este trabajo dicha dimensión es la que concitará nuestra atención, siendo el objeto central de nuestro análisis. No obstante, como veremos, no puede decirse que las políticas migratorias en el mundo contemporáneo sean exclusivamente políticas de control. Plantear ello es signo de una comprensión incompleta de lo que la política migratoria involucra. Dicha comprensión incompleta puede entenderse, en cierta medida, como el producto de la aplicación de una distinción formulada por autores como Hammar, quien diferencia entre el concepto de “política migratoria” (“*Immigration Policy*”) y el concepto de “política del inmigrante” (“*Immigrant Policy*”). A la primera se refiere como “la regulación de los flujos de inmigración y el control de los extranjeros”, y a la segunda más bien como “el tratamiento de los inmigrantes una vez que se instalan en la sociedad de destino”<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> THAYER, 2019, p. 17.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, 2003, párrafo 163.

<sup>19</sup> LIVI BACCI, 2012, p. 11.

<sup>20</sup> VELASCO, 2016, p. 100.

<sup>21</sup> FREEMAN, 1992, p. 1145.

<sup>22</sup> HAMMAR, 1985, p. 7.

Más allá de esta distinción, que actualmente tiene escasa recepción en nuestro medio, lo cierto es que, junto con el desarrollo de los anteriormente mencionados conceptos clásicos, se han formulado también algunos conceptos que procuran superar tanto un enfoque exclusivamente estatista como también un marcado énfasis en las políticas de control. Es, por ejemplo, el caso del concepto formulado por Schnapper, quien plantea que cuando hablamos de políticas migratorias lo hacemos para referirnos a aquellas “medidas y prácticas sociales adoptadas para reglamentar y controlar la entrada, la estancia y el empleo de los no nacionales y tratar a la población ya instalada en el territorio nacional”<sup>23</sup>, o el concepto de Andrade, que las define como “el conjunto de fines, directrices y principios que dotan de significado completo a las normas expresadas por las formulaciones normativas establecidas en las leyes migratorias”<sup>24</sup>.

Es igualmente el caso de la formulación propuesta por López Sala, que toma como punto de partida una aproximación contemporánea de las políticas públicas como la de Subirats y Gomá. Dicha autora plantea que “las políticas migratorias, como en el caso de otro tipo de políticas públicas, pueden considerarse propuestas de regulación que entrañan mecanismos de asignación pública de recursos y oportunidades entre los diferentes grupos sociales con intereses y preferencias en conflicto”<sup>25</sup>. A partir de allí, acaba planteando que la política migratoria (y en especial, en lo que a inmigración se refiere) corresponde al “conjunto de normas, leyes, prácticas e instrumentos estatales destinados a regular el acceso secuencial de los extranjeros a diferentes esferas de la sociedad de acogida y, como prolongación natural, el acceso gradual de la titularidad de derechos”<sup>26</sup>.

## **2. Los elementos de la ‘política migratoria’**

Un aspecto directamente relacionado con el cambio que involucra el tránsito desde una concepción de política migratoria centrada exclusivamente en el control de los flujos, a un tratamiento integral del fenómeno, en sus distintas dimensiones, tiene que ver con la identificación de un conjunto de elementos que han de formar parte de cualquier política migratoria para que esta

---

<sup>23</sup> SCHNAPPER, 1992, p. 29.

<sup>24</sup> ANDRADE MORENO, 2022.

<sup>25</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 109. La autora toma como punto de partida a SUBIRATS y GOMÁ, 1998.

<sup>26</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 112. Plantea también esta autora que “las políticas de inmigración desarrolladas por los Estados generan la producción de normas y se valen de los poderes coercitivos y de la infraestructura administrativa para conseguir los objetivos que persiguen” (p. 109). También que “determinan las dimensiones de la comunidad extranjera en el destino y sus características a través del uso de medios directos o indirectos de selección. Dentro de las políticas migratorias pueden incluirse también las medidas desarrolladas por los Estados para regular la salida de sus nacionales y la protección de sus comunidades en el extranjero”. LÓPEZ SALA, 2005, p. 109.

sea considerada, en propiedad, como tal. Como señalamos con anterioridad, las aproximaciones clásicas relativas al contenido de una política migratoria se han centrado exclusivamente en solo uno de estos elementos.

Sin embargo, hoy existen propuestas que abordan el asunto con una mirada más amplia y que, reconociendo el papel que juega la preocupación por el control migratorio en el diseño y la implementación de estas políticas, plantean que la existencia de una política migratoria integral involucra la coexistencia de la dimensión de control de los flujos, con otras dimensiones que, a su vez, se hacen cargo del proceso, ciclo o *iter* migratorio completo: (i) las causas de la inmigración en los países de origen de la misma y el tránsito por terceros países antes de cruzar las fronteras estatales, (ii) el control sobre el ingreso y la permanencia de las personas migrantes en territorio nacional, (iii) la gestión de su presencia e integración en la sociedad receptora, y finalmente (iv) la política de nacionalidad para aquellos casos en que la consolidación del proceso migratorio y la integración en la sociedad receptora se traduzca en el reconocimiento estatal del migrante como un miembro pleno de la comunidad política.

No hay dudas en que, al formar parte estos cuatro elementos de un todo (como es la política migratoria en su conjunto), existen relaciones e interacciones entre unos y otros, de manera tal que la introducción de cambios en la forma en que se aborda uno de ellos acaba también impactando en aspectos significativos de los demás. Sin embargo, dicha interrelación constituye una dimensión aún poco explorada. Autores como Hammar han planteado que existe una clara bifurcación entre políticas de admisión y políticas de integración<sup>27</sup>, a la vez que otros autores como Meyers<sup>28</sup> o Freeman<sup>29</sup> han sostenido que ambos elementos están interconectados de manera importante. La segunda de estas aproximaciones parece más ajustada a la realidad, pues como mencionaremos es posible identificar conexiones entre políticas de control y políticas de integración. Esto parece lo más lógico considerando que, tal como plantea Bader, las distintas dimensiones de la política pública sobre inmigración debiesen dar cuenta de “alguna coherencia interna mínima”<sup>30</sup>. Abordaremos brevemente cada uno de los elementos, tomando como referencia fundamentalmente la propuesta de autores como De Lucas, Naïr y López Sala.

---

<sup>27</sup> HAMMAR, 1985.

<sup>28</sup> MEYERS, 2004.

<sup>29</sup> FREEMAN, 2006, p. 228.

<sup>30</sup> BADER, 2007, pp. 875-877.

## 2.1 Primer elemento: la política internacional de diálogo y colaboración con países de origen y tránsito de los flujos migratorios

El fenómeno de la movilidad humana involucra, salvo en el caso de la migración interna, el desplazamiento de población cruzando las fronteras entre Estados, por lo que no es de extrañar que la primera pieza de toda política migratoria integral sea de carácter internacional. Esta debe considerar las causas que generan el desplazamiento, y las etapas del *iter* migratorio anteriores al ingreso al territorio del Estado receptor. La gestión de la inmigración demanda un acercamiento, diálogo y colaboración entre países de origen, países de tránsito y países de destino, traducida en “acuerdos bilaterales o multilaterales entre Estados, relativos al control de fronteras, cooperación en materias de justicia, seguridad y readmisión de extranjeros”<sup>31</sup>. Dichos acuerdos deben ser el producto de “unas relaciones internacionales equitativas y uno de cuyos instrumentos fundamentales no puede ser muy diferente de lo que conocemos como codesarrollo, en el sentido de desarrollo mutuo (desarrollo no sólo económico, desarrollo humano)”<sup>32</sup>.

Como veremos más adelante, el tratamiento de cada uno de los elementos de la política migratoria, incluyendo el que ahora nos ocupa, puede abordarse desde enfoques diversos que han sido adoptados ambivalentemente por parte de los Estados, en la mayoría de casos, de acuerdo a la coyuntura y a sus propios intereses. Lo mismo ocurre con la colaboración internacional entre países de origen, tránsito y destino en materia de gestión de la inmigración. En la práctica, en muchas ocasiones dichas relaciones colaborativas se han centrado a su vez en la faceta del control de flujos: velando porque los países de origen y tránsito aseguren que no salgan o transiten por su territorio personas que los países de destino no admitirán, o que estén igualmente llanos a colaborar en el retorno o la expulsión cuando así lo disponga la autoridad competente<sup>33</sup>.

Pero existe también una manera diferente de abordar el diálogo y la colaboración internacional entre países involucrados en los flujos migratorios, particularmente aquellos de origen y destino: entender que dicha gestión conjunta puede significar una asociación que resulte beneficiosa para todos ellos, haciendo de la inmigración un factor provechoso tanto para el desarrollo de los Estados

---

<sup>31</sup> LÓPEZ SALA, 2005, pp. 110-111.

<sup>32</sup> DE LUCAS, 2003b, pp. 28-29.

<sup>33</sup> DE LUCAS, 2003b, pp. 40-41. Es por ejemplo lo que ha ocurrido en Norteamérica, donde en las últimas dos décadas ha existido una tendencia creciente a externalizar el control migratorio por parte de Estados Unidos, hacia países como México y Centroamérica, con el propósito de que estos últimos puedan contener los flujos migratorios antes de que éstos alcancen la frontera sur de los Estados Unidos. A este respecto, puede revisarse el reciente trabajo de VEGA MACÍAS, 2022.

como para las propias personas que emprenden un proyecto migratorio en búsqueda de oportunidades que les permitan acceder a una mejor calidad de vida. Este es el ambicioso enfoque del “codesarrollo” entre países de origen, tránsito y destino de la inmigración, como condición de beneficio mutuo de todos los agentes implicados en los flujos migratorios, y que hasta la fecha ha sido escasamente adoptado por los Estados involucrados<sup>34</sup>.

## **2.2 Segundo elemento: la política de control de los flujos migratorios**

El segundo elemento de una política migratoria integral es, por supuesto, el control sobre los flujos de movilidad humana hacia el país de destino (o “gestión”, como prefieren denominarlo autores como De Lucas<sup>35</sup>). Podríamos definir el control a la inmigración o control migratorio como aquella potestad pública en virtud de la cual un Estado (i) regula el desplazamiento de personas migrantes hacia su territorio y su permanencia en él, estableciendo condiciones y exigencias para su ingreso, residencia y salida del país, y (ii) verifica, inspecciona, examina, que dichas regulaciones sean cumplidas por las personas migrantes a efectos de autorizar su ingreso o permanencia en el país, o bien, adoptar las medidas tendientes a conseguir su abandono voluntario o forzado de éste. Se trata, por tanto, de una potestad que se ejerce en distintos niveles de la actividad institucional de un Estado, y en distintos momentos de lo que podemos denominar el “proyecto migratorio” de una persona.

En cuanto a los niveles institucionales en los cuales se ejerce el control migratorio, éste se despliega al menos como actividad regulativa, administrativa y jurisdiccional. La primera dimensión regulativa del control migratorio se manifiesta en el nivel constitucional. Aun cuando no es la constitución la norma que regula pormenorizadamente la condición jurídica de las personas migrantes en el país, es en ella donde suele establecerse quiénes han de ser considerados nacionales y quienes, en cambio, han de someterse a las medidas que el Estado establezca para el control de su admisión y permanencia en el territorio bajo su soberanía. De igual manera, varios textos constitucionales suelen incorporar referencias al fenómeno migratorio desde lo orgánico como desde lo sustantivo, como revisaremos en su oportunidad<sup>36</sup>. La segunda y tercera dimensión

---

<sup>34</sup> NAÏR y DE LUCAS, 1998; DE LUCAS, 2003a, pp. 45, 48.

<sup>35</sup> DE LUCAS, 2003a, p. 48; DE LUCAS, 2003b, p. 29. En esta última referencia, el autor plantea que “la pieza internacional de la política de inmigración es la relativa a la gestión de los flujos en sí, del tránsito o circulación de los inmigrantes (e insistiré en el término gestión, que no dominio o control unilateral)”.

<sup>36</sup> En nuestro tercer capítulo abordamos la relación entre migración y constitución, dando cuenta de la incidencia que las normas constitucionales han tenido sobre el derecho migratorio de extranjería, a nivel comparado, y particularmente en el caso chileno bajo la Constitución de 1980. Sobre este último caso, planteamos que los principios axiológicos y

regulativa del control migratorio se manifiesta en el nivel legal y reglamentario, fuentes del derecho por excelencia en esta materia. La ley y el reglamento suelen hacerse cargo del régimen de ingreso, estancia y salida de los extranjeros en el territorio nacional. Es lo que constituye, en estricto rigor, aquello conocido como el “régimen de extranjería” de un país, y que establece “las reglas, requisitos y procedimientos que determinan la selección y admisión temporal o definitiva de los no ciudadanos”<sup>37</sup>.

La dimensión administrativa del control migratorio es indubitadamente su cara más visible, desplegándose de manera más directa e inmediata ante quienes migran, por medio de la actividad que realizan agentes, policías o funcionarios públicos en fronteras, aeropuertos y oficinas públicas. Se trata de un nivel donde el control migratorio forma parte de lo que se conoce como “actividad administrativa de ordenación” (también llamada de “policía administrativa”, aunque este último sea considerado un concepto en retirada)<sup>38</sup>, al involucrar la limitación de derechos de los particulares, por razones de interés general y con el objeto de alcanzar la mantención del orden público<sup>39</sup>. Es a través de este nivel que se aplica el régimen de extranjería durante la admisión, permanencia o salida del territorio del Estado, incluyendo la adopción de medidas como el abandono o la expulsión.

El último nivel en que igualmente se ejerce el control a la inmigración es el jurisdiccional. Los tribunales de justicia intervienen a través de la revisión de los actos de la autoridad migratoria administrativa, inspeccionando o verificando que éstos se ajusten al bloque de juridicidad. Existen países en los que existe una jurisdicción contencioso-administrativa especializada en materia migratoria, donde es un juez quien resuelve (a requerimiento de la autoridad administrativa) la aplicación de medidas como la expulsión<sup>40</sup>. En otras legislaciones, son tribunales ordinarios los que conocen de estas materias, particularmente de la impugnación de actos como la inadmisión, el

---

sistema de derechos fundamentales de dicho texto constitucional, interpretados en clave de movilidad humana, arrojan un estándar constitucional garantista para el cual la nacionalidad debiese constituir una categoría prácticamente irrelevante para el ejercicio de derechos.

<sup>37</sup> LÓPEZ SALA, 2005, pp. 110-111

<sup>38</sup> MAURER, 2011, p. 52. “El concepto de ‘policía’ no coincide totalmente con la actividad de ordenación. Se trata de un concepto cuyo significado ha sufrido una progresiva reducción a lo largo del tiempo (...)”.

<sup>39</sup> BERMÚDEZ, 2014, p. 319.

<sup>40</sup> Es, por ejemplo, el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, que revisaremos en nuestro cuarto capítulo. Se trata de un modelo donde la decisión misma de la deportación es tomada por el juez de inmigración, y no directamente por la agencia ejecutiva. En dicho contexto, existe un procedimiento contencioso administrativo especializado en materia migratoria, bajo la dirección de la *Executive Office for Immigration Review* (EOI), y en que interviene la *Office of the Chief Immigration Judge* (OCIJ) y la *Board of Immigration Appeals* (BIA), que es el máximo tribunal administrativo en materia de derecho migratorio.

reembarco, la devolución, la prohibición de ingreso, el rechazo o revocación del permiso de residencia, o la expulsión del territorio nacional<sup>41</sup>. Por último, igualmente la justicia constitucional (sea que se trate de un modelo de control concentrado o difuso) juega un rol clave en la tutela de derechos de las personas migrantes durante el control migratorio, en el entendido de que éstas se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad derivada de su condición de minorías “discretas e insulares” (invocando la famosa formulación del fallo *U.S. v. Carolene Products CO*)<sup>42</sup>.

Ahora bien, en cuanto a los momentos en los cuales el control migratorio se manifiesta, podría decirse que la autoridad estatal lo ejerce durante todo lo que llamaremos *iter migrandi*, es decir, la trayectoria que sigue una persona para la materialización de su proyecto migratorio, y que generalmente se extiende desde la entrada al territorio de su país de destino hasta el egreso de éste (sea voluntario o forzado), o bien hasta su eventual nacionalización. Los preparativos o el tránsito hacia el país de destino, en cambio, no suelen ser alcanzados por el control, salvo excepciones. Con la exigencia de visados consulares, los Estados ejercen el control fuera de sus fronteras, requiriendo la comprobación de los requisitos exigidos para el ingreso y la permanencia con anterioridad al momento de la admisión. De igual modo, y como mencionamos con anterioridad, las prácticas políticas de algunos Estados han favorecido la externalización del control migratorio, favoreciendo la “contención” de los flujos por terceros países<sup>43</sup>.

#### **a) El control sobre el ingreso o admisión al territorio nacional**

El control fronterizo suele ser el momento clave para el ejercicio del control a la inmigración, sea que el ingreso al territorio nacional pretenda realizarse por la vía terrestre, marítima o aérea. A efectos de la admisión, los Estados establecen exigencias formales (ingreso a través de un paso fronterizo habilitado, el porte de un pasaporte u otra documentación de identidad aceptada, visado

---

<sup>41</sup> Todas estas son medidas desfavorables para las personas migrantes, dispuestas por la autoridad administrativa al momento de controlar la admisión, permanencia o residencia en el territorio nacional. Medidas como la inadmisión, el reembarco y la devolución operan, en general, en el contexto del ingreso a un país. El rechazo o revocación del permiso de residencia, que tiene como consecuencia la orden de abandono “voluntario”, o la expulsión en caso de que este no se materialice, opera más bien cuando la persona migrante se encuentra dentro del territorio del país. En todo caso, estas denominaciones específicas suelen variar de país en país, como mencionaremos en el quinto y último capítulo de este trabajo.

<sup>42</sup> En la célebre cuarta nota a pie de página de dicha sentencia, la Corte sostuvo que es correcto que el ejercicio de sus funciones considere la forma en que las mayorías tratan a las minorías, especialmente aquellas “discretas e insulares”, víctimas de los prejuicios de las primeras. Una revisión de este asunto, aplicado al contexto chileno, puede consultarse en MAYORGA MC DONALD, 2019.

<sup>43</sup> Sobre esta temática desde un punto de vista iusfilosófico y político, puede igualmente consultarse SOLANES CORELLA, 2016a, pp. 164-167.



consular en caso de requerirse) y materiales (carecer de antecedentes en el historial penal, no padecer enfermedades que puedan constituir un riesgo para la salud pública, portar una cantidad de ingresos suficiente para costear gastos básicos en el país, etcétera)<sup>44</sup>, cuyo cumplimiento se verifica por la autoridad migratoria en frontera, donde finalmente se resuelve si autorizar la admisión u ordenar el reembarco o devolución de quien no cumpla dichas exigencias.

### **b) El control sobre la permanencia o residencia en el territorio nacional**

En cuanto a la posibilidad de permanecer transitoriamente, o residir temporal o definitivamente dentro de sus fronteras, los Estados ejercen igualmente su potestad de control, autorizando o “visando” dicha permanencia o residencia por un tiempo determinado. Se trata de una dimensión del control migratorio de importancia fundamental, al punto que se ha planteado que la visa puede considerarse “una autorización para una segunda oportunidad”<sup>45</sup>, y que la carencia de esta “puede ser el desencadenante de horripilantes experiencias, no solo de exclusión jurídica, sino de segregación social y explotación laboral”<sup>46</sup>.

A través del sistema de visados o permisos de residencia temporal o definitiva, la legislación migratoria de los Estados establece las condiciones bajo las cuales aprueba o consiente que una persona migrante permanezca en su territorio nacional, lo que suele venir asociado a la posibilidad de realizar actividades remuneradas. El sistema de visados o permisos de residencia es gestionado por la autoridad migratoria administrativa, en cuyas manos recae la decisión acerca de autorizar o no la permanencia transitoria, o la residencia temporal o definitiva de una persona migrante, de conformidad a las condiciones exigidas por la legislación para tal efecto. A este respecto, suele reconocerse un conjunto de motivos considerados legítimos para el otorgamiento de un visado, y que van desde los vínculos familiares con un nacional o extranjero avecindado definitivamente, los estudios, las razones humanitarias, el cumplimiento de un contrato de trabajo o la búsqueda de oportunidades laborales.

### **c) El control sobre el egreso o abandono del territorio nacional**

---

<sup>44</sup> En el capítulo cuarto ofrecemos una revisión panorámica de los distintos motivos de exclusión que los Estados han invocado tradicionalmente a la hora de regular la admisión, permanencia, residencia o nacionalización de una persona migrante. Entre ellos, se encuentran motivos raciales, étnicos, culturales, ideológicos, penales, sanitarios y económicos.

<sup>45</sup> LENDJA NGNEMZUÉ, 2008.

<sup>46</sup> VELASCO, 2016, pp. 14-15.

El que un Estado autorice la permanencia o residencia temporal o definitiva de una persona migrante en su territorio no involucra el cese del control ejercido por la autoridad migratoria, el que solo se produce con su salida del territorio nacional o su eventual nacionalización. Disponer el abandono voluntario o la expulsión es una posibilidad que la legislación migratoria reserva a la autoridad administrativa, no solo para el caso de quienes han hecho ingreso al margen de las exigencias formales y sustantivas establecidas, sino que también para quienes han sufrido la revocación de su visado o han permanecido en el país más allá del plazo para el que han sido autorizados. Respecto de estas situaciones es que la autoridad migratoria o judicial se encuentra habilitada para ordenar el abandono voluntario o forzoso del país por parte de la persona migrante, para lo cual cuenta con algunos de los mecanismos más gravosos que un órgano administrativo puede aplicar contra un ciudadano, incluyendo la detención en recintos no penitenciarios, por lapsos de tiempo variables, y con un mayor o menor control judicial según sea el caso.

Como ya hemos señalado, el control a la inmigración ha sido considerado tradicionalmente la pieza clave del tratamiento estatal a la inmigración, probablemente por tratarse de la primera respuesta estatal al asunto, surgida históricamente en el marco de un derecho internacional en que los Estados ejercían, discrecionalmente y sin condiciones, poder y autoridad sobre sus poblaciones, territorios y fronteras. En épocas más recientes, el control a la libre circulación se ha extendido también al desplazamiento al interior de Estados democráticos, por ejemplo, por razones de sustentabilidad y protección del medioambiente. Las regulaciones sobre movilidad y establecimiento temporal o definitivo en el plano intraterritorial también integrarían esta dimensión de la política migratoria<sup>47</sup>.

Las políticas de control suelen ser las más sensibles frente a las ambivalencias o zigzagueos en el enfoque con que los Estados abordan el tratamiento de la inmigración: un giro hacia enfoques securitistas o de mercado suele traducirse en cambios significativos en lo que dice relación con la ejecución reglamentaria de las leyes migratorias o su aplicación por parte de la autoridad policial o administrativa. Aquello resulta complejo considerando que la gestión de los flujos migratorios “ha de ser una gestión eficaz, pero, sobre todo, una gestión legítima, y eso quiere decir respetuosa

---

<sup>47</sup> Pensemos, por ejemplo, en las limitaciones que tienen los residentes chilenos continentales (nacionales y extranjeros) para permanecer en la isla de Rapa Nui, considerada territorio especial de acuerdo con el artículo 126 bis de la Constitución de 1980. La Ley N° 21.070, conocida como Ley Rapa Nui, regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde la isla, estableciendo un periodo de estancia máxima de 30 días corridos para visitantes (chileno no Rapa Nui y extranjeros).

con los principios del Estado de Derecho, que parece exigir el reconocimiento de la equiparación de derechos, más allá incluso de los derechos humanos básicos”<sup>48</sup>.

### **2.3 Tercer elemento: la política de gestión de la presencia inmigrante y su integración**

Una política migratoria integral no se agota en el diseño y la implementación de instrumentos y procedimientos que controlen la admisión y permanencia de personas migrantes en el territorio del Estado de destino. Hay un tercer componente: la gestión de la presencia inmigrante, que consiste en “el conjunto de acciones que inciden en las condiciones de vida de los extranjeros y en sus posibilidades de inserción o incorporación a la sociedad de acogida”<sup>49</sup>. Se trata de aquello que autores como Hammar, tal y como mencionamos algunas páginas atrás, denominan “política del inmigrante” (“*Immigrant Policy*”), para referirse al “tratamiento de los inmigrantes una vez que se instalan en la sociedad de destino”, y que distingue de la “política migratoria” (“*Immigration Policy*”) que circunscribe exclusivamente a la dimensión de control<sup>50</sup>.

El surgimiento de este tercer elemento es posterior al origen histórico del control a la inmigración, y se produjo cuando los Estados receptores de flujos tomaron conciencia del hecho que los extranjeros que llegaban a su territorio reclutados temporalmente para el desarrollo de alguna actividad laboral, o que habían llegado huyendo de la persecución o la guerra no iban a regresar a sus países de origen<sup>51</sup>. Es allí cuando el tratamiento estatal a la inmigración comienza también a considerar la manera de mejorar las condiciones de vida de las personas migrantes en el país de destino, y a plantear el asunto de su “integración” en las sociedades de acogida. La inmigración es una de las principales fuentes del pluralismo cultural, y la gestión de la diversidad ha sido uno de los principales desafíos para los Estados receptores de flujos migratorios<sup>52</sup>.

Las políticas de “integración” juegan un papel sumamente relevante en el tratamiento estatal de la inmigración en el mundo contemporáneo, pero no ha sido siempre el enfoque con que los Estados han gestionado la presencia inmigrante en su territorio: le precedieron políticas de “exclusión” y “segregación”<sup>53</sup> que obstaculizaban la incorporación plena de los nuevos integrantes

---

<sup>48</sup> DE LUCAS, 2003b, p. 29.

<sup>49</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 111.

<sup>50</sup> HAMMAR, 1985, p. 7.

<sup>51</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 111.

<sup>52</sup> KYMLICKA, 1996, p. 29.

<sup>53</sup> Los modelos de exclusión establecían una completa separación entre la sociedad de acogida y las poblaciones extranjeras asentadas, construían una sociedad dividida en torno a líneas étnicas y culturales. Las políticas segregacionistas segmentaban, a su vez, a la sociedad de manera forzada en grupos relativamente autónomos, unos dominantes y otros subordinados, viviendo en esferas sociales completamente separadas. LÓPEZ SALA, 2005, p. 78.

a la sociedad de destino. Vinieron luego las políticas de “asimilación” de las personas migrantes, por medio de las cuales su incorporación en la sociedad se perseguía eliminando paulatinamente sus particularismos culturales, a través de la homogeneización en términos de lengua, religión o costumbres<sup>54</sup>.

El sentido y alcance de la expresión “integración”<sup>55</sup>, ha recibido interpretaciones muy distintas, pero en términos generales, se trata de un concepto que alude a la promoción de la convivencia entre grupos y culturas diversas<sup>56</sup>. En una de sus definiciones más influyentes, ha sido descrita como un proceso bidireccional, en igualdad jurídica, que requiere de la adaptación tanto por parte del inmigrante como de la sociedad de acogida<sup>57</sup>. Aunque se ha sostenido que la integración suele confundirse con la “inserción social” de los migrantes en la comunidad receptora, lo que caracteriza a este proceso de incorporación de los inmigrantes a una sociedad receptora es la igualdad de oportunidades, derechos y deberes con los nacionales<sup>58</sup>. En efecto, la política de integración en un Estado constitucional democrático parece exigir “el reconocimiento de la equiparación de derechos, más allá incluso de los derechos humanos básicos”<sup>59</sup>. En otras palabras, el pleno reconocimiento de los derechos que la condición de persona y de migrante supone, y la eliminación de los obstáculos institucionales y sociales que impiden a las personas migrantes el ejercicio de estos<sup>60</sup>.

Dicha integración se materializa, además, a través de políticas que, por ejemplo, combaten al racismo y la xenofobia, o que promueven la integración en la configuración del sistema de control migratorio. Aquí vemos como es que los elementos de una política migratoria pueden interactuar entre sí, y es que la política de control puede contribuir o desincentivar la integración de las personas migrantes, especialmente en lo que dice relación con el estatuto de su permanencia. Una

---

<sup>54</sup> Se ha planteado que antes de 1960, se esperaba que los inmigrantes que arribaban a países como Australia, Canadá y los Estados Unidos, abandonasen su herencia distintiva y se asimilasen totalmente a las pautas culturales existentes. La asimilación se consideraba esencial para la estabilidad política, algo que se racionalizaba posteriormente mediante la denigración etnocéntrica de las otras culturas. KYMLICKA, 1996, pp. 29-30.

<sup>55</sup> Dice De Lucas sobre este punto: “La discusión terminológica (integración, asimilación, acomodación, participación) es interesante, pero a veces estéril. Lo importante, a mi juicio, es conseguir lo que luego llamaré integración política, por utilizar una conocida terminología propuesta por Phillips, y que otros prefieren denominar participación de los inmigrantes en la vida pública y en la sociedad civil en condiciones de igualdad”. DE LUCAS, 2003, p. 30.

<sup>56</sup> AJA, 2012, p. 441.

<sup>57</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2000) 757 final, 22 de noviembre de 2000, p. 20.

<sup>58</sup> TORRES, 2002, p. 51.

<sup>59</sup> DE LUCAS, 2003a, p. 48.

<sup>60</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 111.

política de promoción a la integración involucra por parte del Estado, por ejemplo, valorar el arraigo del extranjero a la hora de resolver acerca de su permanencia en el país. Es lo que sucede, por ejemplo, en el derecho español, que valora la integración en la comunidad de acogida para la renovación de visados de residencia temporal<sup>61</sup>, o para la renovación de visados por reagrupación familiar<sup>62</sup>.

#### **2.4 Cuarto elemento: la política de nacionalidad**

En cuarto y último lugar se halla la política de nacionalidad. La definición de las reglas y procedimientos a través de los cuales una persona migrante se vincula definitivamente con el Estado de destino, pasando a ser miembro pleno de su comunidad por medio de la obtención de la nacionalidad, forma también parte del abordaje estatal del fenómeno migratorio. La “nacionalización” o “naturalización” determina el momento en que el control migratorio cesa, dejando de estar sujeto el beneficiario de dicha decisión estatal a la autorización y las condiciones establecidas por la autoridad para residir en el país y realizar en él actividades remuneradas. A partir de entonces, el ejercicio de derechos como la libertad de circulación y residencia dentro del territorio nacional, y la libertad de trabajo, dejan de estar condicionados por las exigencias de la legislación migratoria.

Hasta hoy la nacionalidad es un criterio diferenciador cuya relevancia excede de la sola regulación del derecho a circular y residir en un determinado lugar. Como mencionaremos en el capítulo tercero, es frecuente que el derecho constitucional de los Estados recurra a la nacionalidad como criterio para asignar la titularidad de derechos fundamentales. Por lo mismo es que se trata de una pieza clave del diseño de la política migratoria. Siendo la nacionalidad prácticamente el último criterio que habilita a los Estados a ofrecer un tratamiento diferenciado en materias como las que recién mencionábamos, el acceso a ésta se vuelve un bien preciadísimo, que los Estados no conceden fácilmente. Esto es precisamente lo que Bauböck pretende ilustrar metafóricamente al señalar que “la nacionalidad se nos ofrece como una suave fruta con una dura cáscara” (“*a soft*

---

<sup>61</sup> Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 71.

<sup>62</sup> Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 53.3.

*fruit with a hard shell*)<sup>63</sup>. Determina, en otras palabras, “el acceso de los extranjeros a la última ‘esfera de membresía’ del Estado de instalación”<sup>64</sup>.

Las reglas y prácticas de nacionalización presentan diferencias significativas entre algunos países y otros, “reflejando distintas experiencias históricas, intereses, prácticas y acuerdos ideológicos”<sup>65</sup>. Las primeras fuentes de acceso a la nacionalidad han sido fuentes de carácter originario, es decir, fuentes que operan desde el nacimiento de una persona: tradicionalmente aquellas que derivan del derecho de “sangre y suelo” (“*Blunt unt Boden*”, “*ius solis y ius sanguinis*”). Entre ellas, la nacionalidad adquirida por haber nacido dentro del territorio estatal ha tenido una mayor recepción en América Latina que en otras regiones del planeta, tal y como ha explicado Acosta<sup>66</sup>. No obstante, han ido adquiriendo paulatinamente gran relevancia fuentes como el llamado “*ius domicili*” (la residencia legal en el país por un tiempo mínimo determinado), o el “*ius nexi*” (el arraigo o la conexión real, familiar, laboral, económica o social, que una persona ha formado con el país en cuestión)<sup>67</sup>.

### **3. Los modelos de ‘política migratoria’**

A lo largo y ancho del planeta, los Estados constitucionales democráticos que además son receptores de flujos migratorios han ofrecido respuestas diferentes a los desafíos que dicho fenómeno les ha planteado, en la medida que el volumen, el origen y las características de estos flujos presentan diferencias significativas dependiendo de la realidad de que se trate. No obstante, quienes estudian el tratamiento estatal de la inmigración han desarrollado esfuerzos por formular distintas tipologías de modelos o regímenes de política migratoria que permitan, al menos, ilustrar las principales diferencias en cuanto al modo en que se aborda el diseño y la implementación de la respuesta a la inmigración en los Estados contemporáneos.

No hay dudas en que esta es una tarea que involucra un monumental desafío, pues bien podría plantearse que existen tantos modelos de política migratoria como Estados destinatarios de inmigración. Esto es cada vez más cierto, considerando que la diversidad de tratamiento se ha acentuado en las últimas décadas, según algunas investigaciones recientes han planteado<sup>68</sup>. En

---

<sup>63</sup> BAUBÖCK, 2011, p. 1.

<sup>64</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 112.

<sup>65</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 112.

<sup>66</sup> ACOSTA, 2018, pp. 33-39.

<sup>67</sup> SHACHAR, 2009, pp. 164-190.

<sup>68</sup> Algunos estudios han evidenciado que la diversidad regulatoria en materia de inmigración es más bien reciente, y que la tendencia no es hacia la convergencia en modelos que comparten patrones más o menos homogéneos, sino que

buena medida, es efectivo lo que se afirma al señalar que, en esta materia, “los esfuerzos de generalización hacen perder la riqueza del detalle”<sup>69</sup>. Sin embargo, dichos esfuerzos por formular “macro-modelos” descriptivos permiten ofrecer una mirada panorámica de gran interés a la hora de involucrarse en un análisis como el que desarrollaremos a lo largo de este trabajo.

Uno de los criterios a los que con mayor frecuencia se ha recurrido para formular una tipología de modelos de política migratoria ha sido el de la trayectoria y experiencia histórica del país en cuestión ante el fenómeno de las migraciones internacionales. A partir de allí, han surgido la mayoría de las clasificaciones más tradicionales en esta materia (que han sido formuladas por autores como Cornelius y Tsuda, Hollifield, y Orrenius, por mencionar un par de estudios<sup>70</sup>). Aquellas tipologías agrupan, por un lado, a aquellos países que han sido considerados destinos de inmigración prácticamente desde su fundación como Estados (como Estados Unidos, Canadá, Australia o Nueva Zelanda), por otro, a aquellos que se constituyeron como lugar de destino tras la Segunda Guerra Mundial (como Francia, el Reino Unido, Alemania, Holanda, entre otros), y, por último, a aquellos que se han constituido como destino en épocas más recientes (España o Italia, por ejemplo).

Dichas clasificaciones tradicionales han sido también objeto de críticas que han planteado que ninguna de ellas ha conseguido formular “una tipología unificada, sistemática e integral de los regímenes de inmigración nacionales”<sup>71</sup>. Dentro de las limitaciones identificadas por quienes, como Boucher y Gest, se han esforzado por ofrecer una propuesta alternativa, se encuentra el que éstas suelen estar excesivamente centradas en las democracias occidentales del hemisferio norte (excluyendo destinos de inmigración más recientes), suelen basarse en indicadores poco claros, y sus enfoques estarían limitados a políticas específicas sin dar cuenta adecuadamente de la complejidad del asunto<sup>72</sup>. Tomando como punto de partida dichas críticas, es que los referidos

---

lo contrario. Los Estados han ido dando respuestas diferentes a las diferentes categorías de migrantes, con la sola coincidencia en cuanto se privilegia la migración altamente calificada. BEINE et. al., 2016, pp. 827-863.

<sup>69</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 161.

<sup>70</sup> CORNELIUS y TSUDA., 2004, pp. 3-43; HOLLIFIELD y ORRENIUS., 2014, pp. 3-31; FREEMAN, 1995, p. 893; JANOSKI, 2010, pp. 9-16.

<sup>71</sup> BOUCHER y GEST, 2018, p. 3.

<sup>72</sup> BOUCHER y GEST, 2018, p. 7. En la presentación de su estudio plantean que los investigadores suelen saber poco acerca de cómo difieren los regímenes de inmigración -una pregunta descriptiva- o de por qué diferentes países gobiernan la migración humana de la manera en que lo hacen -una pregunta explicativa. En respuesta a esta brecha, este libro examina los resultados demográficos de inmigración de cincuenta países, deriva una tipología de regímenes de inmigración para treinta países para los cuales se dispone de datos completos e intenta explicar qué impulsa la variación en los resultados a través de las fronteras, p. 3.

autores proponen una nueva taxonomía, que busca hacerse cargo de aquellos aspectos que consideran deficitariamente abordados en las tipologías más clásicas.

A efectos de lo que aquí nos interesa, ofreceremos una mirada general y panorámica de algunos de los principales modelos adoptados por los Estados constitucionales democráticos de nuestro tiempo. Aquellos modelos que las tipologías más tradicionales han descrito, incorporando también algunas de las reflexiones más recientes que han ampliado su mirada no solo a los destinos más tradicionales de la inmigración en Occidente, sino que también a destinos emergentes para los flujos migratorios, incluyendo Sudamérica.

### **3.1 Modelo anglosajón post colonial**

Un primer modelo es el que agrupa a países que históricamente, desde su formación como Estados independientes, han sido destinos de inmigración, al punto que suelen ser denominados como Estados “de colonos” o según la expresión inglesa “*Traditional Countries of Immigration (TCI)*”. Nos referimos al caso de países de “matriz anglosajona” como Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda. Se trata de Estados donde la inmigración forma parte de su mito fundacional y ha sido un elemento clave en su desarrollo económico y social, teniendo además consciencia de ello la opinión pública<sup>73</sup>. Hablamos, por tanto, de países que generalmente han adoptado una mirada aperturista hacia la inmigración (aunque también selectiva y excluyente durante su formación histórica, como veremos más adelante).

Dicha mirada aperturista se ha traducido en un reconocimiento significativo de derechos para quienes migran regularmente, como fruto de la adopción de políticas migratorias proyectadas a largo plazo, de manera tal que no solo son el producto de una planificación estratégica en materia de admisión y residencia (con un marcado enfoque laboral y familiar) sino que además presentan elevadas tasas de naturalización de sus inmigrantes, lo que da cuenta del hincapié que existe en el asentamiento definitivo de quienes consigan integrarse laboral, familiar y culturalmente en la sociedad de destino. Con los matices propios de cada experiencia particular, puede decirse que, en general, se valora especialmente a la hora de obtener la nacionalidad el aprendizaje del idioma y el conocimiento de los rasgos más significativos de la historia, instituciones y cultura del país en cuestión<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 162.

<sup>74</sup> “(...) las diferencias en la cultura política y el modelo de Estado de bienestar han tenido como resultado diversas aproximaciones a la cuestión de la integración y a la gestión de la diversidad cultural”. LÓPEZ SALA, 2005, p. 162, 164.



Por supuesto que entre estos países existen también múltiples y significativas diferencias, a tal punto que autores como Boucher y Gest consideran que los Estados Unidos no comparten el mismo modelo que los demás países de matriz anglosajona que aquí hemos mencionado<sup>75</sup>. Se ha planteado, por ejemplo, que las políticas migratorias canadienses, australianas y neozelandesas son más sofisticadas y flexibles que las estadounidenses y que, por lo mismo, se encuentran mejor preparadas para enfrentar determinadas coyunturas<sup>76</sup>. También es cierto que la condición insular de Australia y Nueva Zelanda, y cuasi-insular de Canadá, les coloca en una posición distinta a la hora de enfrentar el asunto de la inmigración irregular que Estados Unidos enfrenta permanentemente en su frontera sur. Del mismo modo, Australia, Nueva Zelanda y Canadá cuentan con políticas sociales más robustas que los Estados Unidos, y ello también constituye una diferencia relevante a la hora de diseñar la política migratoria.

### **3.2 Modelo centro y nor-europeo**

Un segundo modelo agrupa a aquellos países del centro y norte de Europa que recibieron un gran volumen de inmigración tras la Segunda Guerra Mundial. Se trata del caso de países como el Reino Unido, Alemania, Francia, Bélgica o Países Bajos (por mencionar algunos), todos los cuales reclutaron activamente mano de obra extranjera proveniente de sus antiguas colonias, recibiendo luego migración desde las que entonces eran economías menos desarrolladas al sur de Europa. El reclutamiento de trabajadores fue necesario primero para hacer frente a los estragos que la guerra había producido, reconstruir los países y poner nuevamente en marcha la actividad productiva. Luego, fue un elemento fundamental para mantener la marcha productiva creciente durante el *boom* económico de la década del 50<sup>77</sup>. Se trató, en consecuencia, de una política migratoria dirigida y planificada, que abrió paso más adelante a políticas de acceso condicionado que actualmente conviven con el régimen comunitario europeo que, como vimos en su oportunidad, garantiza la libre circulación y residencia a los nacionales de países que integran la Unión Europea<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Mientras Australia, Canadá y Nueva Zelanda, junto al Reino Unido, integrarían un modelo de “regímenes neoliberales” (caracterizados por altos niveles de migración temporal, un fuerte enfoque en las admisiones laborales y elevadas tasas de naturalización), los Estados Unidos junto a Finlandia y Suecia integrarían un modelo que estos autores califican como “regímenes humanitarios” (caracterizados por reflejar en su mayoría el legado y la influencia de los modelos históricos de “Estados de colonos” de América del Norte y Oceanía, que sostuvieron flujos significativos bajo diversos tipos de visa, con altas tasas de naturalización). BOUCHER y GEST, 2018, pp. 4-5.

<sup>76</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 164.

<sup>77</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 165.

<sup>78</sup> En nuestro segundo capítulo expondremos el caso del espacio europeo como el más emblemático de acuerdo regional integral de libre movilidad. Allí daremos cuenta de cómo tanto el Tratado de la Unión Europea (TUE), como el Tratado

A diferencia del modelo postcolonial anglosajón, la inmigración no ha formado parte del mito fundacional de los países del norte y centro de Europa ni es un elemento central de su identidad. Al igual que en el modelo anterior, no hay duda de que, entre estos países existen diferencias que dan cuenta de particularidades que han sido también identificadas por autores como los ya mencionados Boucher y Gest. En su taxonomía, integran a la mayoría de los países que suelen agruparse en este modelo (como es el caso de Alemania, Austria, Dinamarca, Países Bajos) en un régimen caracterizado por los elevados niveles de movilidad para nacionales de la Unión Europea, limitando otros flujos, tanto en la residencia como en el acceso a la nacionalidad<sup>79</sup>. Otros países como el Reino Unido (régimen neoliberal), Suecia y Finlandia (régimen humanitario), Bélgica o Francia (régimen extra-uniión), son agrupados en modelos distintos<sup>80</sup>.

No obstante, todos ellos parecen compartir la “negación de la condición receptora” de inmigración, lo que ha frenado el diseño de políticas migratorias de largo plazo, optando más bien por el carácter reactivo y coyuntural de las medidas adoptadas<sup>81</sup>. Ello ha generado un modelo de políticas migratorias que circula por un carril distinto, insistiendo por mucho tiempo en fomentar una migración laboral de carácter temporal, sin asentamiento o naturalización. La práctica, no obstante, ha demostrado que la migración permanente es inevitable, realidad que ha impulsado a muchos de estos países a adoptar políticas de carácter restrictivo y reactivo frente a la inmigración extra-comunitaria, con resultados que han dado señas de fracaso en dichos objetivos. Como veremos más adelante, parte de la estrategia de estos países ha involucrado externalizar, dentro del marco europeo, el control fronterizo y la recepción de solicitudes de asilo en los países de la costa mediterránea, por donde se produce la mayoría de la inmigración irregular.

### 3.3 Modelo sud-europeo

Un tercer modelo de política migratoria es aquel que se ha gestado y desarrollado al alero de los países del sur de Europa que, entre finales del s. XX e inicios del s. XXI, pasaron de ser emisores

---

de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) han reconocido la libre circulación de los ciudadanos de la Unión al interior de su espacio como un principio fundamental, implementado a través de la creación del Espacio *Schengen*.

<sup>79</sup> BOUCHER y GEST, 2018, p. 5. Ruhs cita como extremos a los Estados del Golfo y Suecia. En el decenio de 200, los migrantes representaban un porcentaje relativamente alto de la población de los Estados del Golfo, que oscilaba entre el 24,4% en Omán y el 78,3% en los Estados del Golfo. Describe la migración laboral en los Estados del Golfo como un "programa de trabajadores invitados a gran escala dirigido por el empleador", que implica derechos mínimos sin oportunidades de asentamiento. En Suecia, por el contrario, la migración laboral es mínima; tal vez 400 personas por año, pero los derechos son integrales. RUHS, 2009.

<sup>80</sup> BOUCHER y GEST, 2018, p. 5.

<sup>81</sup> LÓPEZ SALA, 2005, pp. 166-167.

de flujos migratorios al centro y norte de dicho continente, a receptores de inmigración proveniente mayoritariamente de países de otras regiones del mundo. Nos referimos a países como España, Italia, Portugal o Grecia, los que, durante bastante tiempo, fueron etiquetados como “nuevos países de inmigración”, y en los que hoy la inmigración constituye, más bien, una realidad que se ha consolidado como rasgo estructural de sus sociedades.

Se trata de un modelo que, comparado con los anteriormente expuestos, tiene una data más reciente, pero cuyas reglas e instituciones se han robustecido paulatinamente en lo que va de este siglo. Hasta hace pocas décadas, los países del sur de Europa generaban una diáspora numerosa hacia el centro y norte de dicho continente, pero también hacia las Américas. Ello podría explicar una (preliminar) mayor apertura hacia la inmigración por la que este modelo ha sido calificado, por ejemplo, de políticas migratorias de “puertas entreabiertas”<sup>82</sup>. Dicho vínculo histórico con la emigración se ha traducido, por ejemplo, en políticas de acceso a la nacionalidad mucho más abiertas que las del resto de países del continente, y en una explícita preferencia por los nacionales de los territorios que formaron parte de los antiguos imperios español y portugués<sup>83</sup>.

El mismo desarrollo económico que, décadas antes, había motivado el reclutamiento de trabajadores por parte de otros países europeos, generó nuevas plazas laborales que demandaron, esta vez en el sur, la contratación de mano de obra migrante para diferentes rubros de la actividad productiva<sup>84</sup>. Esto, a la vez que España, Italia, Portugal y Grecia participan también de la consolidación del Espacio *Schengen* como área de libre movilidad entre los ciudadanos de la Unión Europea.

La taxonomía propuesta por Boucher y Gest considera que estos países forman parte de aquello que denominan “*Extra-Union Regimes*” (por tratarse de Estados que constituyen la región fronteriza más importante de Europa). En ella plantean que este modelo se caracteriza, entre otras cosas, por desarrollar políticas de admisión y residencia moderadamente diversas, más abiertas a la inmigración extracomunitaria que la de sus vecinos del centro y norte de Europa, cuestión que

---

<sup>82</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 171.

<sup>83</sup> El pasado colonial de España y Portugal y los fuertes vínculos históricos y culturales con sus antiguas posesiones han dejado una profunda huella en sus legislaciones. El reflejo más claro son las disposiciones que privilegian a los extranjeros de los antiguos territorios coloniales en el supuesto de adquisición de la nacionalidad por residencia. Sin embargo, el proceso de integración europea ha ocasionado la introducción de estos nacionales en el régimen general de extranjería y el desmantelamiento de algunos de sus privilegios. LÓPEZ SALA, 2005, p. 175. España, por ejemplo otorga facilidades a los latinoamericanos residentes para la obtención de la nacionalidad, reduciendo a dos años la exigencia de residencia que para la generalidad de casos es de diez años de conformidad al artículo 22 del Código Civil español.

<sup>84</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 171.

se refleja también en una mayor flexibilidad de la regulación del mercado del trabajo<sup>85</sup>. Sin embargo, el papel que su propia geografía (y también el derecho comunitario<sup>86</sup>) les ha obligado a asumir, les ha significado enfrentarse a las complejidades y dramas propios de la inmigración irregular a través del Mar Mediterráneo, y a la búsqueda de asilo y refugio por parte de miles de personas en búsqueda de la libertad y seguridad propia y de sus familias. Ello ha significado, como veremos algo más adelante, un abordaje securitista y que criminaliza la inmigración irregular, incluyendo la existencia de Centros de Internamiento de Extranjeros o Campamentos de Refugiados que en la práctica son verdaderos recintos penitenciarios.

### 3.4 Modelo de *kafala*

Una de las principales deudas que arrastran las tipologías clásicas en materia de política migratoria se relaciona con el limitado alcance geográfico de los modelos que describen, dejando fuera de la mirada panorámica (que una taxonomía como esta pretende también ofrecer) a realidades alejadas de los clásicos destinos de inmigración del hemisferio norte y Occidente, donde se adopta con mayor claridad la fórmula de Estado constitucional democrático que es el marco de referencia dentro del cual nos interesa examinar las políticas de control a la inmigración.

Es precisamente el caso del llamado modelo de *Kafala*, cuya denominación procede del derecho islámico (la *shari'a*), donde constituye una institución propia de las relaciones familiares por medio de la cual un menor de edad es “acogido” (no adoptado) por una persona que no es ni su padre ni su madre, que le provee de los cuidados y de los medios básicos para su subsistencia<sup>87</sup>. Dicha relación de “apadrinamiento” ha sido llevada al terreno de las políticas migratorias desde la década de 1960, para formar un modelo presente en las potencias económicas del Golfo Pérsico y otros países de Oriente Próximo (como es el caso de los Emiratos Árabes Unidos, Líbano, Kuwait, Omán, Arabia Saudita o Bahrein), como también (aunque en versiones atenuadas) en otras regiones del mundo, como es el caso de Singapur, China o incluso en Rusia<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> BOUCHER y GEST, 2018, p. 5.

<sup>86</sup> La adhesión de España, Portugal, Italia y Grecia a los Convenios de *Schengen* y de Dublín ha transformado la frontera sur de estos países en frontera europea, por lo que el objetivo de la regulación ha destacado significativamente en el conjunto de la política hasta fechas recientes. LÓPEZ SALA, 2005, p. 173.

<sup>87</sup> JUREIDINI y HASSAN, 2020, pp. 93-94.

<sup>88</sup> Estos últimos tres casos integran el modelo que Boucher y Gest denominan de “Cuasi-*Kafala*” (“*Quasi-Kafala Regimes*”), que siguen el mismo modelo de eficiencia económica propio de los Regímenes de *Kafala*, pero con flujos sustantivamente más bajos de inmigración. Aun así, comparten varios de sus aspectos centrales. En Singapur, por ejemplo, se han emitido permisos de trabajo temporales desde la década de 1970. Según los términos de estos permisos, los inmigrantes poco calificados deben retractarse si su empleo es terminado por el empleador, o si las mujeres trabajadoras quedan embarazadas. Si desean casarse con un ciudadano de Singapur, deben recibir una aprobación

En términos generales, la *kafala* es un sistema donde la relación que existe entre la autoridad migratoria estatal y una persona migrante (que es considerada fundamentalmente como trabajador, y que suele provenir de África y el sur de Asia) está intermediada por el empleador, que oficia de “*sponsor*” o “auspiciador” (*kafeel*) de los trabajadores extranjeros que recluta, obligándose a regularizar su situación migratoria, así como a ofrecer las condiciones para su subsistencia. A cambio, el trabajador se obliga al cumplimiento de un contrato de trabajo, debiendo pedir autorización al empleador no solo para poner término a la relación laboral, sino que incluso para salir del país, a riesgo de ser objeto de duras sanciones por parte de la autoridad<sup>89</sup>.

Este modelo concibe a las personas migrantes (donde en la mayoría de estos países se trata de trabajadores poco cualificados) como “recursos económicos a gestionar” o “capital humano controlado por el empleador”, recibiendo el trato de “invitados de los que se espera que realicen su trabajo en silencio, aislándose de la sociedad, y en caso contrario, retornar a sus países de origen”<sup>90</sup>. Los Estados que adoptan este modelo contemplan escasas vías de acceso a la nacionalidad, resultando extremadamente complejo obtenerla. Ello explica que en países como Emiratos Árabes Unidos más del 80% de la población sea inmigrante, superando por mucho a la población nativa<sup>91</sup>.

Se trata, en definitiva, de un modelo donde la persona del trabajador migrante es colocada en un plano de vulnerabilidad extrema y (más que frecuentemente) de explotación, a tal punto que la *kafala* llega a considerarse a ojos de la comunidad internacional una forma de esclavitud autorizada por estos Estados. Las condiciones en que se cumple el contrato por parte del trabajador son indignas, permaneciendo ocho a diez horas diarias, seis o siete días a la semana, bajo un sol abrasador con más de 45 grados en verano. El riesgo de perder la vida por accidentes laborales es alto. Ejemplo de ello son los más de 6.500 trabajadores migrantes fallecidos durante la construcción de los estadios destinados a la realización de la Copa Mundial de la FIFA Qatar 2022<sup>92</sup>.

---

especial del gobierno. Los inmigrantes están sujetos a exámenes médicos regulares y sus empleadores deben pagar fianzas considerables y comprar pólizas de seguro en caso de accidentes o enfermedades. BOUCHER y GEST, 2018, p. 3.

<sup>89</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, 2015, pp. 821-822.

<sup>90</sup> BOUCHER y GEST, 2018, p. 3.

<sup>91</sup> Los económicamente prósperos países del Golfo Pérsico tienen una intensa demanda de trabajo, que supera por mucho la oferta que pueden cubrir sus propios nacionales. Según estimaciones del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas al año 2020, la proporción de población nacida en el extranjero alcanzaba el 38,65% en Omán, 46,47% en Arabia Saudita, 55,01% en Bahrein, 72,83% en Kuwait, 77,27% en Qatar y 88,13% en los Emiratos Árabes Unidos. UN DESA, 2020.

<sup>92</sup> La organización de la Copa Mundial de la FIFA 2022 por parte de Qatar ha demandado la construcción de una gran infraestructura deportiva y turística en un país sin trayectoria futbolística, para lo cual la mano de obra migrante empleada a través del sistema de *kafala* ha sido fundamental. Sin embargo, ello ha involucrado un alto costo en vidas

### 3.5 Modelo sudamericano

Otro de los modelos de política migratoria que las tipologías tradicionales no han considerado suficientemente es el que se ha desarrollado en lo que va de siglo en América del Sur. Tradicionalmente, América Latina (en general) y Sudamérica (en particular) han sido consideradas regiones generadoras de una numerosa diáspora hacia los países con economías más avanzadas en el hemisferio norte. Sin embargo, no ha sido igualmente considerado el hecho que prácticamente apenas un par de décadas después de la independencia de las nuevas repúblicas el subcontinente comenzó a recibir inmigrantes europeos que comenzaron a llegar espontáneamente en búsqueda de prosperidad, como también producto de una política de inmigración selectiva y dirigida por los Estados<sup>93</sup>.

Durante la mayor parte del s. XX, los países de la región fueron efectivamente países de emigración, fenómeno que además ha coexistido (confundiéndose incluso) con el desplazamiento forzado motivado por el alto número de crisis políticas, económicas, dictaduras y regímenes autoritarios. Los procesos de transición a la democracia, y la posterior consolidación de una mayor estabilidad política, social y económica transformó a la región en un destino atractivo también para la inmigración. Las barreras que dificultaron la migración regular hacia los tradicionales destinos de Norteamérica y Europa incentivaron un paulatino crecimiento de los flujos migratorios hacia países de la propia región, en el contexto de aquello que ha sido denominado por la literatura especializada como procesos de “migración sur-sur”<sup>94</sup>.

La formación y consolidación de un modelo de política diferenciada en la región vino de la mano de un discurso que ha colocado énfasis en el respeto y garantía de los derechos de las personas migrantes como en ninguna otra región del mundo<sup>95</sup>. Probablemente, el que la historia haya forzado a dichas naciones a experimentar en primera persona las complejidades y dramas que la propia

---

humanas. La Organización Internacional del Trabajo ha cifrado al menos en 50 los trabajadores muertos y más de 500 los gravemente heridos en obras del Mundial de Qatar durante 2020, denunciando que dicho país no ha investigado adecuadamente dichos episodios. OIT, 2021.

<sup>93</sup> Diego Acosta ha planteado que las migraciones han estado históricamente presentes en el desarrollo de los Estados sudamericanos. Durante el s. XIX, los nuevos países independientes implementaron políticas migratorias dirigidas y selectivas con el objeto de incentivar el poblamiento de sus territorios, pero también para introducir los rasgos “deseables” a las naciones que se aspiraba a construir. ACOSTA, 2018, pp. 58-59.

<sup>94</sup> Al año 2015, las migraciones sur-sur o intrarregionales (en nuestro contexto, la inmigración dentro de los países de América del Sur) habían ya superado el tradicional flujo de migraciones sur-norte, con un 37% versus un 35%. A juicio de Stefoni, ello plantea la necesidad de repensar los marcos teóricos con los que venía analizándose la migración, que han estado tradicionalmente pensados en flujos migratorios sur-norte. STEFONI, 2018, pp. 13-15.

<sup>95</sup> ACOSTA y FREIER, 2015, p. 660; CERIANI CERNADAS, 2011, 69.

condición de migrante involucra, tuvo un impacto decisivo a la hora de aproximarse al fenómeno migratorio desde principios que no habían sido aún considerados. Dicho discurso se ha ido plasmando paulatinamente en modernas legislaciones migratorias, comenzando por la ley argentina de 2004<sup>96</sup>, la ley uruguaya de 2008<sup>97</sup>, la ley colombiana de 2011<sup>98</sup>, la ley boliviana de 2013<sup>99</sup>, la ley ecuatoriana<sup>100</sup>, peruana<sup>101</sup> y brasileña de 2017<sup>102</sup>, y recientemente la ley chilena de 2021<sup>103</sup>. Los particularismos propios de cada caso no han impedido identificar elementos compartidos en la mayoría de las nuevas legislaciones de la región, como ha planteado Acosta en la obra *“The National versus the Foreigner in South America: 200 Years of Migration and Citizenship Law”*<sup>104</sup>.

Acosta plantea que este modelo sudamericano de política migratoria está anclado en tres grandes principios. El primero de ellos es el principio de no criminalización de la inmigración irregular, en virtud del cual la infracción a la legislación migratoria en materia de admisión y residencia constituye una materia de conocimiento exclusivo de la autoridad migratoria-administrativa y no un ilícito de carácter penal con todo lo que aquello involucra<sup>105</sup>. El segundo principio es el reconocimiento de un derecho humano a migrar que, como veremos en el segundo capítulo, ha sido consagrado en varias de estas nuevas legislaciones migratorias (en el caso ecuatoriano, además, con rango constitucional) y que, sin involucrar una abolición de las políticas de control, ha constituido un hito de relevancia a nivel comparado<sup>106</sup>. Por último, un tercer elemento tiene que ver con la formación y consolidación de instrumentos de carácter multilateral que, sin la amplitud alcanzada en el plano europeo, han facilitado la libre circulación y residencia entre

---

<sup>96</sup> Ley N° 22.439 General de Migraciones y de Fomento a la Inmigración (Argentina), 2004.

<sup>97</sup> Ley N° 18.250 de Migración (Uruguay), 2008.

<sup>98</sup> Ley N° 1.465 por la cual se crea el Sistema Nacional de Migraciones y se expiden normas para la protección de los colombianos en el exterior (Colombia), 2011.

<sup>99</sup> Ley N° 370 de Migración (Bolivia), 2013.

<sup>100</sup> Ley Orgánica de Movilidad Humana (Ecuador), 2017.

<sup>101</sup> Ley de Migraciones (Perú), 2017.

<sup>102</sup> Ley N° 13.445 que establece la Ley de Migración (Brasil), 2017.

<sup>103</sup> Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería (Chile), 2021.

<sup>104</sup> ACOSTA, 2018.

<sup>105</sup> ACOSTA, 2018, pp. 120-147. En este sentido, las nuevas leyes migratorias latinoamericanas avanzan, al menos en teoría, en una dirección opuesta a los fenómenos de “crimigración” o “*crimmigration*” que se han fortalecido en muchas latitudes, y en virtud de los cuales ley migratoria y ley penal se insertan en el mismo marco de exclusión social y jurídica hacia las personas migrantes. Nos referiremos a este fenómeno en su oportunidad.

<sup>106</sup> ACOSTA, 2018, pp. 148-172. En nuestro segundo capítulo, plantaremos que existen buenas razones para afirmar que el derecho internacional contemporáneo reconoce y protege, de maneras más o menos directas, un derecho humano a ser migrante en sus tres dimensiones: emigración, inmigración y retorno. A este respecto, tradicionalmente ha existido una fuerte resistencia a reconocer la existencia de un derecho a inmigrar.

nacionales de distintos países de la región<sup>107</sup>. A ello hay que sumar otros rasgos comunes, como la importancia del principio de reunificación familiar, la regularización y el principio de no discriminación<sup>108</sup>.

#### **4. Los enfoques de ‘política migratoria’ o modelos de ‘gobernanza migratoria’**

Un fenómeno llamativo para quienes se han dedicado al estudio de las políticas migratorias de distintas regiones del mundo tiene que ver con que la identificación de un conjunto de rasgos definitorios en un modelo determinado no ha sido un obstáculo para que en su seno surjan políticas que pueden ser calificadas derechamente de “ambivalentes, cambiantes, contradictorias y ancladas en el control migratorio”<sup>109</sup>. Esto queda en evidencia sobre todo cuando se trata de analizar aquellos modelos que han sido calificados en términos generales de “aperturistas” o “liberales”. Este es precisamente el caso del modelo vigente en los países de matriz anglosajona como Canadá, Estados Unidos, Australia o Nueva Zelanda, o también en los países sudamericanos. En estos últimos, sobre todo, la letra y el espíritu de las nuevas legislaciones migratorias podría llevar a pensar que políticas excluyentes o que instrumentalizan a las personas migrantes serían derechamente incompatibles con lo que los rasgos centrales de dichos modelos involucrarían.

Puede resultar confuso o incomprensible para algunos que en muchos países existan ambivalencias en el diseño de sus políticas migratorias, que pueden llevar a la adopción de medidas que parecen apuntar en un sentido opuesto a lo que el modelo en que se enmarcan o el espíritu general de su legislación refiere. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en países como Ecuador (donde el derecho humano a migrar ha sido consagrado constitucionalmente y su legislación migratoria es una de las más vanguardistas a nivel comparado) donde se enfrentara el éxodo venezolano con medidas cuyo foco principal era la seguridad. O en Argentina, país donde la existencia de normas garantistas en favor de las personas migrantes no impidió que durante el gobierno de Mauricio Macri se diera un giro hacia políticas más restrictivas que también colocaran el foco en la seguridad<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> ACOSTA, 2018, pp. 173-198. En nuestro segundo capítulo igualmente nos referiremos al fenómeno de “regionalización” de la libre circulación en América Latina, a partir de instrumentos regionales y legislaciones internas que han reconocido el derecho a migrar, en todas sus dimensiones.

<sup>108</sup> ACOSTA, 2018, p. 23.

<sup>109</sup> BLOUIN, 2021, p. 144. En el mismo sentido ACOSTA, 2018, p. 17.

<sup>110</sup> CANELO et. al., 2018, pp. 150-182. Durante el gobierno de Mauricio Macri se introdujeron una serie de modificaciones a la normativa migratoria que acabó robusteciendo el estatuto de la expulsión. El trabajo referenciado plantea que algunos vacíos de la ley de 2004 fueron aprovechados por la potestad reglamentaria.



La confusión puede deberse, al menos en parte, a una confusión conceptual. No se trata de una pérdida de utilidad de la formulación teórica de los modelos que hemos expuesto. Podemos estar de acuerdo en que ciertos virajes en el diseño o implementación de la política migratoria puede llevar a algunos de estos modelos a auténticas contradicciones con sus rasgos centrales. Podemos estar también de acuerdo en que, como veremos, algunos de estos virajes son incompatibles con una vigencia plena del Estado constitucional democrático. Sin embargo, ello no supone desacreditar la utilidad ni vigencia de lo que hemos llamado “modelos de política migratoria” y de lo que llamaremos “enfoques de política migratoria”, a la hora de describir el modo en que la gestión estatal de la inmigración se aborda por los Estados en el mundo contemporáneo.

Hablamos, por una parte, de aquello que tanto aquí como en la literatura especializada denominamos “modelos de política migratoria”, “modelos migratorios” o “regímenes migratorios” y, por otro, de aquello a lo que haremos referencia aquí como “enfoques de política migratoria”. Los primeros (modelos), por una parte, serían formulaciones teóricas que desde los estudios migratorios se han desarrollado para describir una serie de rasgos definitorios compartidos por un conjunto de países y que componen una determinada forma de aproximarse a la inmigración. Los segundos (enfoques), en cambio, podrían considerarse más bien aproximaciones, paradigmas, miradas o énfasis con los que se ha abordado el fenómeno migratorio tradicionalmente y hasta nuestros días.

Dichos enfoques coexisten y han convivido ambivalentemente (para bien o para mal) con la mayoría de los modelos de política migratoria que hemos revisado anteriormente. Estos han demostrado no ser excluyentes entre sí, sino que, más bien, suelen presentarse simultáneamente, con intensidades variables y en proporciones diversas dependiendo de la coyuntura y el relato que las autoridades de turno planteen con relación al asunto de la inmigración<sup>111</sup>. Desde el plano descriptivo, dar cuenta de los distintos enfoques es útil para hacerse de una mirada amplia que permita entender las dinámicas que subyacen a la formulación de las políticas migratorias por parte de los Estados. Desde el plano prescriptivo, en cambio, no hay dudas en que solo uno de estos

---

<sup>111</sup> CORNELIUS y TSUDA, 2004. El diseño y la implementación de una política migratoria no incluye exclusivamente un enfoque o modelo de gobernanza migratoria, sino que al estar condicionada por la contingencia, contemplará varios factores. Una política migratoria puede contener disposiciones que representan diferentes discursos. En un sentido similar, Domenech plantea: “no suscribo la idea de que la perspectiva del *migration management* o gobernabilidad migratoria supone una vía alternativa a la securitización de la migración, sino que ambas actúan imbricada o complementariamente en el presente momento histórico del capitalismo global. DOMENECH, 2013, p. 121.

enfoques es plenamente compatible con la forma de Estado constitucional y democrática, y las demás solo son admisibles subordinándose al primero.

En la mayoría de los Estados y con independencia del modelo de política migratoria de que se trate, el diseño y la implementación de las políticas migratorias ha fluctuado entre tres grandes enfoques: (i) un enfoque securitista, que coloca el acento en una cuestionable asociación entre migración y criminalidad, visualizando a las personas migrantes como una potencial amenaza (ii) un enfoque de mercado, que coloca el acento en las ventajas económicas de la inmigración, visualizando a las personas migrantes como capital humano y (iii) un enfoque de derechos humanos, que coloca el acento en el respeto y garantía de los derechos de quienes migran, visualizando por tanto, a las personas migrantes como auténticos sujetos de derechos con independencia de su condición particular.

#### **4.1 El ‘enfoque securitista’: las personas migrantes como ‘amenaza a la seguridad’**

Un primer enfoque que los Estados suelen aplicar en esta materia, desgraciadamente con mucha más frecuencia de la deseable, es el que aquí llamamos “enfoque securitista”. Es decir, un enfoque desde el cual las políticas migratorias se diseñan y aplican considerando a las personas migrantes como individuos peligrosos para la seguridad interior<sup>112</sup>, haciendo eco de ideas desfasadas en el tiempo que asocian migración y criminalidad. Se trata del enfoque con que se adoptan medidas que, por ejemplo, estereotipan la inmigración irregular asociándola directamente a la delincuencia, criminalizándola tanto *de iure* (por ejemplo, a través de la tipificación del ingreso irregular como delito o la regulación de la expulsión del país como una herramienta ordinaria del sistema procesal penal) como *de facto* (cuando el trato que reciben los migrantes irregulares es propio del sistema penal, en centros de internamiento o durante procedimientos de expulsión que no diferencian entre infractores de la legislación migratoria administrativa e imputados/condenados por la comisión de delitos).

No hay dudas acerca de que existen algunas relaciones entre movilidad humana y prevención del delito que son razonables y deben ser atendidas también por la política migratoria. Pensemos, por ejemplo, en el combate al tráfico ilícito de migrantes o la trata de personas con fines de explotación laboral o sexual. Pensemos igualmente en la posibilidad de prohibir el ingreso a

---

<sup>112</sup> “Dentro de esta visión de la seguridad, el migrante es visto como una amenaza potencial debido a su posible vinculación con el terrorismo internacional, o bien al narcotráfico, a la delincuencia en general”. MÁRMORA, 2010, p. 76.

personas involucradas en la comisión de delitos en sus países de origen, que nos parece una medida razonable y justificada, como veremos. Sin embargo, para muchas personas, existe la sensación (poco ajustada a la realidad) de que los ciudadanos extranjeros se encuentran sobrerrepresentados en las estadísticas penales<sup>113</sup>, lo que además ha sido alimentado por estudios que han considerado la extranjería como un factor de riesgo criminógeno<sup>114</sup>.

La asociación entre migración y delincuencia se ha nutrido durante muchos años por el discurso de la criminología determinista, cuyo foco de atención son las características o cualidades de la persona que delinque. En el caso de las personas migrantes, la identificación de la extranjería como una variable relacionada directamente con la delincuencia se fundó en algunas investigaciones que sugirieron dicha calidad como variable de riesgo delictivo. Dichas investigaciones han planteado que el mayor comportamiento delictivo de los inmigrantes está determinado ya sea, por la discriminación institucional de la que son objeto<sup>115</sup>, como por factores culturales, de oportunidad y de desorganización social<sup>116</sup>. Estas teorías han alimentado por décadas las ideas de que los migrantes cometen más delitos que los nativos, y que la inmigración irregular está estrechamente vinculada con la delincuencia y el crimen organizado.

---

<sup>113</sup> En julio de 2022, los medios de comunicación chilenos destacaron que durante el año 2020 existió un aumento de un 135% de los imputados de nacionalidad extranjera, alcanzando un alza de 355% en el periodo 2016-2020, de acuerdo al 5º Boletín de la “Mesa de Acceso a la Justicia de Migrantes y Extranjeros”. Sin embargo, no se enfatizó el hecho que el 60,4% de estos extranjeros fue detenido bajo imputaciones vinculadas a delitos contra la salud pública en el contexto de la pandemia de COVID-19, que la propia Corte Suprema chilena ha cuestionado por faltas a la tipicidad y antijuridicidad de las conductas.

<sup>114</sup> Estereotipos como estos han tenido amplia recepción no sólo en el seno de las sociedades, sino que también en el abordaje institucional del fenómeno migratorio. No obstante, pese a que los estudios desmienten continuamente estas ideas, se niegan a morir. Es por lo mismo que han sido denominadas ideas “*zombie*” acerca de la relación entre inmigración y criminalidad. RUMBOUT, 2016.

<sup>115</sup> En lo que respecta a la discriminación institucional como elemento que determina la delincuencia de inmigrantes, se ha señalado que la sobrerrepresentación de esta minoría en las estadísticas criminales viene definida por un etiquetamiento de los extranjeros por parte del sistema de justicia penal. La causa de este etiquetamiento no es otra que el racismo institucional, que estereotipa a los ciudadanos extranjeros como portadores de delincuencia y crimen organizado. Esto ubica a los inmigrantes en una posición de mayor control por parte del aparato policial, lo que redundaría en una mayor proporción de ellos dentro del sistema penal en relación a los ciudadanos nacionales. En Italia: GATTI, MAFALDI Y VERDE, 1997, 124-125. En Reino Unido: FITZGERALD, 1997, 54-56. En Estados Unidos: MARSHALL, 1997, p. 28.

<sup>116</sup> El conflicto cultural ha sido una de las razones esgrimidas para explicar una supuesta mayor criminalidad de los inmigrantes. El desajuste entre los estándares culturales de comportamiento del país de origen y del país de destino determinaría la comisión de delitos por parte de extranjeros. A su vez, el incremento en las tasas de inmigración dificultaría a las sociedades el desarrollo y la consolidación de valores comunes. Estas sociedades, sin claridad en sus valores compartidos, han sido llamadas “desorganizadas”. La desorganización sería caldo de cultivo para la delincuencia (BURSIK, 1988). Por último, también se ha señalado que una mayor criminalidad de los inmigrantes radicaría en que estos suelen estar privados de oportunidades legítimas para alcanzar los objetivos culturalmente deseados. Dicha privación, acarrearía que estos ciudadanos se vieran compelidos a innovar en la creación de oportunidades ilegítimas para alcanzar los mismos objetivos (BANKSTON, 1998, p. 37)

A través de este “enfoque securitista”, los Estados incorporan consideraciones de política criminal a la hora de diseñar e implementar sus políticas migratorias, las que acaban por confundir el derecho migratorio con el derecho penal. Para dar cuenta de este fenómeno de “criminalización del derecho migratorio”, la profesora de derecho estadounidense Juliette Stumpf ha acuñado el acrónimo “*crimmigration*” (expresión traducida al castellano como “crimigración”)<sup>117</sup>. La “crimigración” supone en concreto el establecimiento de normas jurídicas que flexibilizan la expulsión de extranjeros involucrados en la comisión de hechos delictuales, como así mismo el reforzamiento de los vínculos entre control fronterizo y sistema penal. En general, cualquier consecuencia penal derivada de la infracción a la ley migratoria, o viceversa, cualquier consecuencia migratoria derivada de la infracción a la ley penal, puede ser identificada como una manifestación de este fenómeno presente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

La tesis de Stumpf es que la “*crimmigration*” no es más que una poderosa y peligrosa herramienta para la exclusión de determinadas personas de una sociedad en el contexto de la teoría de la membresía. Esta teoría, a su vez, sostiene que el Estado puede restringir derechos y libertades individuales de determinadas personas que no son consideradas “parte” del contrato social suscrito entre el gobierno y el pueblo. Con ello, se determina quién forma parte de la comunidad y quién no. Así, provee de insumos teóricos para justificar decisiones políticas que supongan la exclusión, y con ello la privación y/o restricción de libertades individuales a la población inmigrante<sup>118</sup>. Resulta bastante claro que un abordaje securitista, que haga de la “crimigración” una técnica de uso frecuente en el tratamiento de la inmigración pugna intensamente con principios básicos del Estado constitucional democrático, como el respeto y garantía de derechos humanos como la no discriminación, el acceso a la justicia y el derecho a defensa<sup>119</sup>.

#### **4.2 El ‘enfoque de mercado’ o de ‘beneficios compartidos’: las personas migrantes como ‘capital humano’ útil para el desarrollo económico**

Un segundo enfoque que los Estados han empleado a la hora de diseñar e implementar sus políticas migratorias es el que aquí denominamos “enfoque de mercado”, o que la literatura especializada ha también denominado modelo de gobernanza migratoria de “beneficios

---

<sup>117</sup> STUMPF, 2006.

<sup>118</sup> STUMPF, 2006, pp. 396-412.

<sup>119</sup> Volveremos a los nexos entre derecho migratorio y derecho penal en nuestro cuarto capítulo, cuando abordemos algunas instituciones clave de la política de control migratorio, como la inadmisión por motivos relacionados al historial penal de un migrante.

compartidos”<sup>120</sup>. Este enfoque toma como punto de partida la opinión dominante entre los economistas clásicos y neoclásicos, en relación a que la libre movilidad del capital y trabajo es fundamental a la hora de maximizar las ganancias generales, lo que debe tenerse en consideración a la hora de diseñar una política migratoria<sup>121</sup>. Como vimos en su oportunidad, al revisar el argumento utilitarista en favor de fronteras abiertas, la apertura favorecería la libre contratación de los trabajadores más productivos al costo más eficiente, sin atender a su nacionalidad.

Este modelo toma como principio básico el que las migraciones pueden proporcionar beneficios económicos tanto a los países de origen como de destino, es decir, un “todos ganan”<sup>122</sup>. La bidireccionalidad de dichos beneficios se produciría (i) a través del “codesarrollo”, por medio del cual países de origen y países de destino cooperan de distintas formas para conseguir dicho desarrollo económico, y (ii) a través del fomento a las llamadas “migraciones circulares”, que no son otra cosa que flujos laborales temporales incentivados o desincentivados en función de la oferta y demanda insatisfecha de los mercados de trabajo en los países de destino<sup>123</sup>.

Cuando se atiende a este “enfoque de mercado”, la formulación de las políticas migratorias obedece a la lógica de oferta y demanda de mano de obra. La inmigración es considerada fundamentalmente en cuanto las ventajas económicas y de desarrollo que esta pueda reportar, sin atender especialmente a la calidad de sujetos de derechos de las personas migrantes. Las personas migrantes son consideradas fundamentalmente como “capital humano” necesario para el progreso económico del país, al mismo tiempo que los Estados se muestran reticentes a la hora de asumir compromisos permanentes con estos nuevos trabajadores. El diseño y la implementación de la política migratoria atiende a una mayor flexibilidad a la hora de regular la contratación de personas migrantes por un tiempo definido y de corto plazo, a la vez que existe una escasa preocupación por los derechos y la estabilidad de vida de estas personas<sup>124</sup>.

Por medio del “enfoque de mercado”, las distintas instituciones que integran la política de control a la inmigración se diseñan favoreciendo una migración de carácter dirigido y selectivo, ya sea incentivando la llegada de personas migrantes con altas cualificaciones profesionales, o de personas migrantes reclutadas para desempeñarse en determinadas áreas de la economía

---

<sup>120</sup> MÁRMORA, 2010, pp. 77, 79, 82.

<sup>121</sup> CARENS, 1987, pp. 263-264; CLEMENS, 2011, pp. 84-89.

<sup>122</sup> MÁRMORA, 2010, p. 79.

<sup>123</sup> MÁRMORA, 2010, p. 77-78.

<sup>124</sup> BOUCHER y GEST, 2018, p. 6.

necesitadas de mano de obra<sup>125</sup>. Es, por ejemplo, el caso de las políticas de incentivo a la migración altamente calificada hacia Chile adoptadas durante el segundo gobierno de Sebastián Piñera (valga la pena señalar, poco exitosas), a través de la creación de permisos de residencia temporal dirigidos a profesionales titulados que cuenten con un postgrado en alguna de las 150 mejores instituciones académicas extranjeras por sub-área OCDE (Visa temporaria de orientación internacional), y a aquellos profesionales extranjeros que, durante los dos últimos años previos a la solicitud de visa, hayan obtenido un grado académico de magíster o doctor, derivado de un programa de postgrado impartido por una universidad chilena acreditada (Visa temporaria de orientación nacional).

Por el contrario, este enfoque supone desincentivar la inmigración familiar y de carácter humanitario, en el entendido que aquella no generaría los mismos beneficios económicos que los flujos dirigidos de personas destinadas a ocuparse en rubros clave de la economía, o con altas cualificaciones profesionales. Del mismo modo, la inmigración familiar y de carácter humanitario no obedece a las dinámicas de la “migración circular” propiciada, sino que se trata más bien de una migración de asentamiento permanente<sup>126</sup>. Bajo esta lógica, el enfoque “de mercado” o modelo de “beneficios compartidos” considera que los beneficios tanto de los países de origen como de recepción se encuentran condicionados al hecho que las migraciones siempre sean ordenadas y regulares<sup>127</sup>. La regularidad migratoria beneficia a aquellas personas que resultan útiles a los intereses económicos del Estado de destino y, en cambio, desfavorece a quienes no son igualmente productivos a los ojos del mercado. Para estos últimos, el ideal de la migración ordenada y regular se hace sumamente complicado, cuando no imposible. Esto refleja el deseo de los Estados que se inclinan por formular sus políticas migratorias atendiendo a este enfoque o modelo de gobernanza, de “disfrutar los beneficios económicos de la inmigración sin aceptar abiertamente las transformaciones sociales y demográficas que podrían resultar de ella”<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> “Este enfoque, al que llamamos ‘modelo de mercado’, se caracteriza por orientarse hacia el mercado para la selección y regulación de la inmigración. En lo que respecta a la distribución de visas de entrada, aunque la selección de migración económica no predomina en todos los Estados, la mayoría de los países prefieren retóricamente la inmigración económica o una combinación de entrada económica y basada en la libre circulación” (traducción propia). BOUCHER y GEST, 2018, p. 6.

<sup>126</sup> BOUCHER y GEST, 2018, p. 6.

<sup>127</sup> MÁRMORA, 2010, p. 77-78.

<sup>128</sup> BOUCHER y GEST, 2018, p. 6 (traducción propia).

#### 4.3 El ‘enfoque de derechos’ o de ‘desarrollo humano para las migraciones’: las personas migrantes como ‘sujetos de derechos’

Por último, y en tercer lugar, existe un enfoque para el diseño y la implementación de las políticas migratorias cuyo eje gira en torno a las personas migrantes, dejando en un segundo plano (pues no involucra necesariamente desechar totalmente los enfoques previamente desarrollados) la preocupación por la seguridad interior y la oferta y demanda de los mercados laborales. Se trata del llamado “enfoque de derechos”, en virtud del cual el centro de toda la política migratoria (incluyendo, por supuesto, las políticas relativas al control de los flujos) se corresponde con el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes, subordinándose a ellas todas las restantes preocupaciones de la autoridad estatal que, aunque legítimas en muchos casos, no pueden servir de justificación para lesionarlos o afectarlos.

El surgimiento y desarrollo de este enfoque viene de la mano de un cambio de paradigma en el derecho internacional que, tal como mencionaremos en su oportunidad, ha significado pasar del reconocimiento de un “*standard minimum*” de derechos al reconocimiento pleno de derechos de las personas migrantes. Los Estados dejan de considerar a las personas migrantes como un mero “objeto de control”, o un aspirante a súbdito que pretender ingresar (o ha ingresado) a su territorio, para comenzar a tratarle como “sujeto de derecho”, es decir, como un pleno titular de derechos y obligaciones<sup>129</sup>. Dicho cambio de mirada ha sido el producto del desarrollo de un estatuto internacional para las migraciones y los derechos de las personas migrantes, a partir de una serie de instrumentos tanto en el seno del Sistema Universal de Derechos Humanos (dentro de los cuales, la Convención para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares es la más significativa), como también en Sistemas Regionales como el Interamericano y Europeo. Como “enfoque de política migratoria”, ha sido abiertamente asumido por algunas de las modernas legislaciones latinoamericanas sobre la materia, al igual que por organismos como UNESCO o el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)<sup>130</sup>.

Mármora se refiere a este enfoque como “modelo de gobernanza migratoria centrado en el desarrollo humano para las migraciones”. Plantea, efectivamente que de acuerdo a este modelo, los

---

<sup>129</sup> VACAS FERNÁNDEZ, 2017, p. 54. En nuestro segundo capítulo abordaremos esta cuestión, para dar cuenta de cómo es que las potestades estatales de control a la inmigración han dejado de considerarse enteramente discrecionales para considerarse paulatinamente como competencias regladas por el derecho internacional migratorio.

<sup>130</sup> Es el caso del Informe sobre Desarrollo Humano 2009 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) o el de la obra “*Migration without Borders*”, editada por Pécoud y De Guchteneire, y publicada en 2007 colaboración con UNESCO.

derechos de la persona migrante han de considerarse el centro de toda política migratoria, como un presupuesto ético que impide priorizar objetivos anexos, como la seguridad<sup>131</sup>. Bajo esta lógica, derechos como la libertad de circulación y residencia, el derecho a no ser discriminado, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a un debido proceso y los derechos económicos, sociales y culturales de las personas migrantes, asumen un papel fundamental a la hora de diseñar e implementar las políticas de control a la inmigración. Otro aspecto clave de esta mirada tiene que ver con la preocupación por las causas estructurales de las migraciones, y no exclusivamente en un tratamiento reactivo ante el aumento de los flujos. Ello involucra considerar como un factor clave en el incremento sostenido de las migraciones internacionales el incremento de la desigualdad global y la brecha económica existente entre países desarrollados y en desarrollo<sup>132</sup>.

Como es de suponer, este cambio de mirada hacia una política migratoria que coloque el foco en el respeto y garantía de los derechos humanos no sustituye ni excluye la existencia misma de una política de control a la inmigración que, como hemos señalado anteriormente, constituye un elemento fundamental de toda política migratoria. Más bien, este tercer enfoque debiese contribuir a una transformación de dichas políticas, en orden a un diseño e implementación compatible con el pleno reconocimiento y garantía de los derechos de las personas migrantes. Sin embargo, al menos en el orden latinoamericano, (y particularmente a propósito del caso argentino) se ha planteado que el hecho que los Estados declaren adoptar un “enfoque de derechos” en su legislación migratoria en muchos casos no es más que un “maquillaje” al modo en que se formulan y aplican sus políticas migratorias. En el fondo, lo que persiguen con incorporar el “lenguaje de los derechos” a sus políticas migratorias es ofrecer un “marco de legitimidad” a las mismas medidas restrictivas o coercitivas ancladas en la lógica de la “securitización”.

Esto es lo que Eduardo Domenech ha llamado “políticas de control con rostro humano”, es decir, políticas “amparadas en el discurso de los derechos humanos para obtener la legitimidad necesaria para su instrumentación”<sup>133</sup>, pero que “persiguen la misma finalidad que las políticas más abiertamente restrictivas, prometiendo ser más eficaces en la consecución de su objetivo: controlar

---

<sup>131</sup> MÁRMORA, 2010, p. 77. De hecho, este enfoque es opuesto al enfoque securitista en cuanto este último criminaliza la inmigración irregular. El modelo de “desarrollo humano para las migraciones”, en cambio, no acepta el calificativo de ‘ilegal’ para el migrante en situación irregular, considerando esta última una contravención administrativa y no un delito.

<sup>132</sup> MÁRMORA, 2010, p. 77.

<sup>133</sup> DOMENECH, 2013, p. 121.



los flujos migratorios internacionales”<sup>134</sup>. Este sería el caso de países latinoamericanos con legislaciones vanguardistas en materia de derechos para las personas migrantes pero que, sin embargo, nunca han dejado de aplicar medidas que, en los hechos, no han involucrado un cambio significativo en el modo en que el Estado se relaciona con las personas migrantes<sup>135</sup>. El discurso garantista y el reconocimiento de algunos derechos no ha impedido que, por ejemplo, durante la crisis humanitaria que ha debido enfrentar la diáspora venezolana, los Estados sudamericanos hayan ofrecido respuestas erráticas que aumentan el escepticismo en relación al compromiso con un auténtico “enfoque de derechos” en materia de política migratoria<sup>136</sup>.

### **III. El Estado constitucional democrático como marco para el diseño y la implementación de las políticas migratorias**

Considerar el modelo estatal dentro del cual se diseñan e implementan las políticas de control a la inmigración tiene una enorme relevancia a la hora de comprender las enormes dificultades que involucra esta tarea para los Estados contemporáneos. El punto de partida con el que iniciaremos estas páginas es precisamente que “el Estado *importa* cuando se trata de comprender la inmigración”<sup>137</sup>. No es posible entender adecuadamente las tensiones, contradicciones e inconsistencias en que incurren los Estados cuando se trata de gestionar los flujos migratorios, sin considerar el modelo teórico político-jurídico que define la organización y funcionamiento de sus instituciones.

Por lo mismo, la reflexión que nos ocupa no está planteada en términos descontextualizados, sino que, por el contrario, está aterrizada a la realidad de un modelo estatal de organización jurídico-política específico. Se trata del Estado constitucional, el modelo estatal dominante en nuestros días, al punto de ser llamado “la forma de Estado típica de nuestro siglo”<sup>138</sup>. Como veremos, muchas de las complejidades que involucran las políticas de control a la inmigración, hunden sus raíces en la forma estatal constitucional democrática dentro de la cual éstas se diseñan e implementan<sup>139</sup>. En ello radica la importancia de iniciar dedicando un espacio a dar cuenta de

---

<sup>134</sup> DOMENECH, 2013, p. 121.

<sup>135</sup> Sería también el caso de la legislación migratoria chilena, aún pese a las transformaciones recientes que ha sufrido, tal como ha planteado Feddersen al sostener que en el caso chileno el paradigma liberal continúa conviviendo con instituciones que mantienen concepciones de seguridad. FEDDERSEN, 2022.

<sup>136</sup> ACOSTA, 2018, p. 17. El autor plantea que en la mayoría de países de América Latina el enfoque de derechos humanos juega un rol ambivalente, al coexistir con mecanismos de control y de exclusión.

<sup>137</sup> HAMPSHIRE, 2013, p. 2. La cursiva es del autor.

<sup>138</sup> ZAGREBELSKY, 2016, p. 22.

<sup>139</sup> HAMPSHIRE, 2013, p. 3

qué se entiende por Estado constitucional en el discurso jurídico-político, de sus rasgos fundamentales como modelo estatal dominante en nuestro tiempo, y del modo en que también muchos de estos Estados han visto deteriorada la vigencia de algunos de cimientos.

### **1. La noción de Estado constitucional democrático en el discurso jurídico-político**

Tradicionalmente, la ciencia jurídica ha definido de distintas maneras aquello que denomina Estado constitucional: “una forma de organización”<sup>140</sup>, “un modelo específico de Estado”<sup>141</sup>, “un modelo, sistema o paradigma”<sup>142</sup>, “un modelo de organización jurídico-política”<sup>143</sup>, o “una forma de Estado”<sup>144</sup>, por mencionar algunas fórmulas empleadas. Pese a la variedad de expresiones, es un hecho que, de maneras más o menos explícitas, la mayoría de ellas alude a una realidad político-jurídica, representativa de la organización propia de los Estados contemporáneos.

Aunque el constitucionalismo es en sí mismo “una conquista cultural de la civilización occidental”<sup>145</sup>, la expansión de este modelo de Estado ha significado que, al menos en su estructura básica, se le considere hoy “la indiscutible fórmula política a la que se acoge, con unas u otras variantes, la mayoría de los Estados de la tierra”<sup>146</sup>. La noción de Estado constitucional ha tenido tradicionalmente una recepción más difundida en el discurso europeo continental, extendiéndose a otras regiones del mundo entre las que se encuentra América Latina. Su uso extendido ha sido producto de la influyente obra de autores como Luigi Ferrajoli, Maurizio Fioravanti, Gustavo Zagrebelsky, Riccardo Guastini, Dieter Grimm, Peter Häberle, Manuel Atienza o Perfecto Andrés Ibáñez, por mencionar algunos de los más influyentes. En el discurso angloparlante, en cambio, ha existido un mayor uso y desarrollo de la expresión “democracia constitucional” (*constitutional democracy*)<sup>147</sup>.

Existen fundamentalmente dos maneras de entender la relación entre los conceptos de “Estado constitucional” y “democracia constitucional”. La primera de ellas plantea que democracia constitucional no es otra cosa que la especial forma que ha adoptado el régimen democrático en los Estados constitucionales, caracterizados por una concepción fundamentalmente material de la

---

<sup>140</sup> PRIETO SANCHÍS, 2013, p. 107.

<sup>141</sup> PEÑA FREIRE, 1997, p. 39.

<sup>142</sup> FERRAJOLI, 2008, p. 30.

<sup>143</sup> AÑÓN ROIG, 2002, p. 25.

<sup>144</sup> FIORAVANTI, 2016, p. 130.

<sup>145</sup> HABÈRLE, 2001, p. 2.

<sup>146</sup> DE VEGA, 1998, p. 29.

<sup>147</sup> Por ejemplo, LEVINSON y TUSHNET, 2018; HUQ y GINGSBURG, 2018.

democracia, cuyo ámbito de decisión se encuentra limitado por un pleno reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales<sup>148</sup>. La segunda aproximación, en cambio, asume que se trata de expresiones que aluden a la misma realidad político-jurídica y, en consecuencia, que pueden utilizarse e intercambiarse indistintamente. Los propósitos que persigue este trabajo aconsejan el uso de la segunda de estas aproximaciones. En cualquier caso, ambas expresiones tienen un grado alto de indeterminación, sin perjuicio de lo cual, generalmente contemplan un *minimum* de propiedades básicas: la existencia de un régimen democrático, la vigencia de un Estado de Derecho, y el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, todo dentro del marco de una Constitución rígida y vinculante.

## **2. Los rasgos definatorios del modelo de Estado constitucional democrático**

Como podrá suponerse, no todos los Estados adoptan este modelo de manera uniforme u homogénea, ofreciendo la experiencia comparada “versiones más o menos vigorosas de control del poder político”<sup>149</sup>. De hecho, se ha planteado que la individualidad de sus diversas configuraciones nacionales es tan diversa, “que no serían capaces de describirla ni un equipo enciclopédico de estudiosos ni una computadora universal”<sup>150</sup>. Sin embargo, es igualmente cierto el hecho que su extensión a lo largo del globo es tal, que sus diversas manifestaciones constituyen una especie de “comunidad universal abierta”<sup>151</sup>. Pese a las particularidades propias de cada una de sus formas individuales, estas comparten un conjunto de propiedades definatorias y fundamentales, que han permitido llevar a efecto “la mejor concepción de los derechos humanos conocida hasta la fecha”<sup>152</sup>. En consecuencia, podemos considerar al Estado constitucional como un modelo ideal y prescriptivo de Estado con al menos tres rasgos fundamentales: el Estado constitucional es un Estado de derecho, un Estado democrático y un Estado en que se reconocen y garantizan los derechos fundamentales. Se ha planteado también que algunos otros rasgos del modelo de Estado predominante hoy es que se trata de un Estado-nación, y también de un Estado capitalista desde el punto de vista económico<sup>153</sup>. Estos rasgos presionan en sentidos opuestos cuando de inmigración se trata, respaldando algunos de ellos enfoques más abiertos a la llegada de nuevos migrantes, y

---

<sup>148</sup> FIORAVANTI, 2016, p. 144.

<sup>149</sup> PRIETO SANCHÍS, 2008, p. 326.

<sup>150</sup> HABÈRLE, 2001, p. 2.

<sup>151</sup> HABÈRLE, 2001, p.75.

<sup>152</sup> ALEXY, 2000, p. 21.

<sup>153</sup> HAMPSHIRE, pp. 9-12.

otros respaldando miradas más restrictivas que favorecen el cierre de las fronteras. Daremos cuenta brevemente de estos rasgos y de cómo interactúan generando conflictos y tensiones en la materia que nos interesa.

## **2.1 El Estado constitucional como un Estado de derecho**

El primer rasgo definitorio del Estado constitucional es su carácter de “gobierno de leyes y no de hombres”. En él, la autoridad política está subordinada al orden jurídico tanto en la forma como en el contenido de sus decisiones. Por lo mismo, algunos han planteado que el Estado constitucional constituye “la más cabal realización del Estado de derecho”<sup>154</sup> (o una forma evolucionada del mismo), distinguiéndose de una versión mínima del constitucionalismo, representada por el Estado de derecho liberal clásico<sup>155</sup> o “en sentido débil”<sup>156</sup>. No obstante, también se ha sostenido que una mejor comprensión de este aconseja “no dejarse seducir por la continuidad histórica e intentar, por el contrario, poner en claro las diferencias”<sup>157</sup>. Así, más que una continuación, el Estado constitucional actual podría considerarse el producto de una profunda transformación del Estado de derecho decimonónico<sup>158</sup>, lo que lleva incluso a describirlo en términos de “una forma de Estado nueva y original”<sup>159</sup>.

El Estado constitucional involucra “el sometimiento completo del poder al derecho: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza”<sup>160</sup>. Su rasgo más novedoso, y en consecuencia el más distintivo, se relaciona con que la “juridificación” del poder político ya no alcanza exclusivamente a las formas en que se producen las normas jurídicas, sino que, además a sus contenidos. Así lo reflejan algunas de las definiciones acuñadas más influyentes, como la de Ferrajoli, quien plantea que son Estados constitucionales “aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están sujetos a la ley (y por tanto, limitados o vinculados por ella) no solo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos”<sup>161</sup>; o la de Bovero, que lo define como “aquel régimen (o forma de gobierno) en el que el ejercicio del poder de decisión colectiva (fundado en la

---

<sup>154</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 129.

<sup>155</sup> NINO, 1992, pp. 2-3.

<sup>156</sup> FERRAJOLI, 2003, pp. 13-14

<sup>157</sup> ZAGREBELSKY, 2016, p. 22.

<sup>158</sup> ZAGREBELSKY, 2016, p. 14.

<sup>159</sup> FIORAVANTI, 2016, p. 146.

<sup>160</sup> ATIENZA, 2002, p. 154.

<sup>161</sup> FERRAJOLI, 2003, p. 13.

atribución de derechos políticos a todos los miembros adultos de la colectividad) se encuentra formal y materialmente limitado”<sup>162</sup>.

La separación o división de poderes es un aspecto central de la vigencia de la juridicidad al interior del Estado constitucional. En efecto, en la medida que el rol que asumen el ejecutivo y el legislativo tiende a acercarse, la jurisdicción comienza a tomar un papel mucho más protagónico, y operando como “poder de garantía”, se constituye en el principal contrapeso de los “poderes de dirección” encarnados por Gobiernos y Parlamentos<sup>163</sup>. En el Estado constitucional, el juez deja de estar sujeto apenas a la ley, para estar ahora sujeto primeramente a la Constitución. En este entendido, denunciar la inconstitucionalidad de las leyes, o reinterpretarlas en un sentido conforme a la constitucionalidad se transforma en un imperativo de su actuar<sup>164</sup>. La judicatura, ordinaria y constitucional, es hoy garante de la complejidad estructural del Derecho en el Estado constitucional<sup>165</sup>. De allí que resulte fundamental que esta pueda ejercer adecuadamente su rol, que en ocasiones puede verse entorpecido o dificultado por el actuar de los poderes políticos.

## **2.2 El Estado constitucional como un Estado democrático**

La “juridificación” del poder político, y la consecuente imposición de límites formales y sustantivos al mismo, tensiona, conflictúa y enfrenta, pero no sacrifica el carácter democrático del Estado constitucional. Es decir, uno de los rasgos básicos de esta fórmula de organización política-jurídica es que se afirma en el ejercicio libre del gobierno por parte del pueblo, y que persigue la consecución de la libertad e igualdad política al interior de una comunidad autodeterminada<sup>166</sup>.

Aunque se ha considerado irreconciliable el conflicto entre constitucionalismo y democracia<sup>167</sup>, es también un hecho el que, pese a las tensiones evidentes, existe un cohabitar bastante

---

<sup>162</sup> BOVERO, 2000, p. 37.

<sup>163</sup> Más allá de la formulación clásica de este principio, obra de Locke y Montesquieu, los poderes estatales al interior del Estado constitucional pueden clasificarse en “poderes de dirección” (aquellos que resultan de la libre elección del pueblo soberano, típicamente el legislativo y el ejecutivo) y “poderes de garantía” (aquellos a los que se confía la tutela de los principios y de las reglas constitucionales, típicamente la jurisdicción ordinaria y constitucional) FIORAVANTI, 2016, p. 143. Garantizar adecuadamente el ejercicio de los derechos en un Estado constitucional, demanda no solo la clásica división de funciones entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial, sino que especialmente la división de funciones (y un adecuado equilibrio) entre “poderes de dirección” y “poderes de garantía”. FIORAVANTI, 2016, p. 146.

<sup>164</sup> FERRAJOLI, 2008, pp. 31-32; FERRAJOLI, 2003, p. 18.

<sup>165</sup> ZAGREBELSKY, 2016, p. 153.

<sup>166</sup> MARSHALL, 2011, p. 16. Y se ha planteado que esta forma de gobierno, considerada aisladamente, no está sujeta a límites o restricciones, ni acepta la integración de bienes o fines ajenos a la libertad del pueblo de autogobernarse como la protección de los derechos fundamentales, la consecución de bienestar y crecimiento económico.

<sup>167</sup> “Entre el constitucionalismo y la democracia existen tensiones que fueron detectadas desde los debates entre los protagonistas de las revoluciones francesa y americana. El hecho de que el liberalismo sea, teórica e históricamente compatible con formas de gobierno autocráticas y que la democracia haya adoptado formas de gobierno absolutistas,

generalizado entre el principio de juridicidad y el régimen democrático en los Estados constitucionales contemporáneos. Aunque es evidente que entre ambos principios sigue existiendo confrontación, lo cierto es que paulatinamente ambos se han ido suponiendo y exigiendo recíprocamente<sup>168</sup>. De allí que para describir esta realidad político-jurídica se empleen también las expresiones “Estado constitucional democrático” o “democracia constitucional”<sup>169</sup>, de las que nos valdremos a lo largo de este trabajo.

Se trata, en consecuencia, de un modelo de Estado fundado en un principio democrático<sup>170</sup>, pero que introduce una dimensión “sustancial” a la naturaleza misma de la democracia, limitándola y complementándola a través de los propios derechos fundamentales<sup>171</sup>. El hecho de condicionar la validez de la deliberación democrática al respeto por los derechos fundamentales no desplaza la existencia de un espacio libre de discusión, cuya orientación es elegida a través de un proceso de libre competencia entre las fuerzas políticas y sociales. Esto resulta insustituible<sup>172</sup>.

El Estado constitucional está formado por un conjunto de normas referidas a determinados asuntos sobre los cuales está prohibido decidir, otros sobre los cuales la decisión es obligatoria y residualmente en todo lo demás, un extenso bloque de asuntos sobre los cuales la decisión está permitida<sup>173</sup>. Estas normas condicionan la validez de las normas jurídicas y las posibilidades de decisión política democrática<sup>174</sup>. De esta manera, el pueblo ejercita la soberanía en las “formas” y en los “límites” dictados por la Constitución<sup>175</sup>, sobre la base del principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales<sup>176</sup>. En consecuencia, gracias a la garantía, la legalidad no es ya solo condicionante y disciplinante, sino que ella misma está condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos formales y sustanciales<sup>177</sup>.

---

demuestra que esta última no es necesariamente constitucional y que el constitucionalismo no es necesariamente democrático”. SALAZAR, 2008, pp. 140-141.

<sup>168</sup> PEÑA FREIRE, 1997, p. 66.

<sup>169</sup> Por ejemplo: SALAZAR, 2008. Robert Alexy utiliza la expresión “Estado constitucional democrático” (ALEXY, 2003).

<sup>170</sup> FIORAVANTI, 2016, p. 146.

<sup>171</sup> FERRAJOLI, 2003, p. 19; “Cambia, sobre todo, la naturaleza misma de la democracia. En efecto, la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales (imponiendo obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos) ha insertado en la democracia una dimensión “sustancial”, que se agrega a la tradicional dimensión “política”, meramente “formal” o “procedimental”. FERRAJOLI, 2008, pp. 31-32.

<sup>172</sup> FIORAVANTI, 2016, p. 146.

<sup>173</sup> PEÑA FREIRE, 1997, p. 73.

<sup>174</sup> PEÑA FREIRE, 1997, p. 74.

<sup>175</sup> FIORAVANTI, 2016, p. 143.

<sup>176</sup> FIORAVANTI, 2016, p. 141.

<sup>177</sup> FERRAJOLI, 2008, p. 30

La vigencia de un régimen democrático puede ser un factor de cierre o restricción en materia de políticas migratorias. En las democracias representativas la opinión pública suele tener una gran relevancia, sobre todo cuando se trata de temas con una amplia cobertura en los medios de comunicación y debate popular como es el de la inmigración. La clase política no siempre puede darse el lujo de verse alejada de la opinión pública, y por lo mismo, sobre todo en tiempos electorales suele ajustar sus discursos y prácticas al *vox populi*, que generalmente tiene una mirada muy crítica de la llegada de nuevos inmigrantes<sup>178</sup>. En consecuencia, siempre existe el riesgo de que el régimen democrático representativo impacte restrictivamente en materia de apertura hacia la inmigración, cuestión que entra en conflicto con otros de los rasgos que revisaremos.

### **2.3 El Estado constitucional como un Estado con reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales**

El fin último de la “completa juridificación” del poder político que involucra la vigencia del Estado constitucional democrático no es otro que la garantía de los derechos fundamentales<sup>179</sup>, es decir, su protección con el objeto de reducir la distancia estructural entre su normatividad y su efectividad<sup>180</sup>. En efecto, se ha planteado que este modelo de Estado encarna “la mejor concepción de los derechos humanos”<sup>181</sup> o que se trata del “modelo más avanzado en materia de protección de derechos fundamentales para beneficio de los ciudadanos”<sup>182</sup>. En otras palabras, “la primera columna vertebral del Estado constitucional”<sup>183</sup>. Hablamos de aquellos derechos cuya consagración se produce en catálogos contenidos en los propios textos constitucionales, como también en instrumentos internacionales que en buena parte de los Estados constitucionales han pasado a formar parte del derecho interno, en virtud de normas constitucionales que le asignan dicho valor.

Sobre los tratados internacionales de derechos humanos, resulta imposible no evidenciar que bajo el imperio de la fórmula de Estado constitucional democrático juegan un papel cada vez más relevante, no solo en cuanto son normas jurídicas vinculantes a las que los derechos internos reconocen fuerza jurídica y aplicabilidad en la resolución de casos concretos, sino que, además han ido paulatinamente contribuyendo al desarrollo de una especie de “constitucionalismo mundial”. Por este medio, el Estado constitucional se amplía hacia una dimensión global, siendo el reflejo de

---

<sup>178</sup> HAMPSHIRE, 2013, pp. 5-6.

<sup>179</sup> SALAZAR, 2008, p. 91.

<sup>180</sup> FERRAJOLI, 2016, p. 25.

<sup>181</sup> ALEXY, 2000, p. 21.

<sup>182</sup> LLANO FRANCO, 2012, p. 48.

<sup>183</sup> SALAZAR, 2008, pp. 85, 87.

un proyecto común fundado en principios mínimos de convivencia e ideas con vigencia universal como el respeto a la dignidad humana y a derechos básicos irrenunciables.

De esta manera, el derecho internacional (y particularmente en cuanto a derechos humanos se refiere) viene en constituirse en una especie de “*norma mundi*”<sup>184</sup>, un proyecto o germen de constitución supranacional, derecho mundial o cosmopolitismo jurídico. Un sistema “cuyo objetivo primordial e inmediato no es otro que una promoción equilibrada y armónica del desarrollo en el conjunto de la humanidad considerada como un todo”<sup>185</sup>, fundado en los “derechos fundamentales, principios jurídicos y tipificaciones penales que han surgido de procesos de aprendizaje democráticos y que se han acreditado en el marco de los Estados nacionales constituidos democráticamente”<sup>186</sup>. Hacia allí se han dirigido, con matices y diferencias, las reflexiones de Rawls<sup>187</sup>, de Habermas<sup>188</sup> y de Ferrajoli<sup>189</sup>.

En definitiva, el Estado constitucional es el único marco institucional en que puede prosperar la ambiciosa fórmula política de concebir las instituciones al servicio de los derechos, a través del llamado “paradigma garantista”<sup>190</sup>. Este rasgo, sin duda, resulta fundamental a la hora de abordar la cuestión del diseño legislativo de un estatuto para la inmigración, en general, y de la configuración de los distintos mecanismos de control de esta, en particular. Es un hecho conocido el que, en la mayoría de las sociedades, las comunidades migrantes son objeto de hostilidad por parte de la población nacional y además víctimas de estereotipos inaceptables. La popularidad de las políticas restrictivas suele ser astutamente utilizada con propósitos políticos, de modo tal que, el “despotismo legislativo” constituye un serio riesgo para los derechos de las personas migrantes.

---

<sup>184</sup> Nos hacemos valer de la expresión empleada por Cristina García Pascual para titular su libro publicado en 2015, y en el cual ofrece una revisión de las distintas maneras en que algunos de los más importantes filósofos y juristas contemporáneos se han pronunciado sobre la aspiración de un orden jurídico supranacional, una *norma mundo* que gobierne la sociedad internacional y sirva para superar la violencia de las relaciones entre los distintos países. GARCÍA PASCUAL, 2015.

<sup>185</sup> TRUYOL y SERRA, 1967, pp. clvi-clvii.

<sup>186</sup> HABERMAS, 2009, p. 137.

<sup>187</sup> RAWLS, 2002. Tanto el derecho cosmopolita de Habermas como el *ius gentium* de Rawls tienen en común los derechos humanos como su contenido y fundamento.

<sup>188</sup> HABERMAS, 2009, pp. 128-133. Con la constitucionalización del derecho internacional, el derecho internacional se presenta como una (proto) constitución sin Estado desde su versión clásica. A partir de ahí se ha avanzado hacia un derecho cosmopolita, pero en dirección contraria a la genealogía del Estado único.

<sup>189</sup> FERRAJOLI, 2011. El segundo volumen de *Principia Iuris*, imponente obra de Ferrajoli, constituye un esfuerzo por dar cuenta del desvanecimiento de la línea divisoria que separa hoy en día los derechos estatales y los ordenamientos supranacionales, y abordar la posibilidad de una constitución supranacional.

<sup>190</sup> FERRAJOLI, 2000, p. 40.; PRIETO SANCHÍS, 2008, p. 326.



La adopción del modelo de Estado constitucional significa, en este sentido, una potente limitación en el diseño de las leyes de inmigración. Las normas de derechos fundamentales son una “fuente de apertura” hacia la inmigración<sup>191</sup>. El reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales es un factor cuya vigencia favorece cierta clase de políticas migratorias, y frena otras. En efecto, existen ciertas políticas migratorias “indecidibles”, que ni aún la voluntad mayoritaria pueden justificar y que están excluidas del proceso de deliberación democrática, por lesionar la inviolabilidad de los derechos fundamentales. Del mismo modo, hay otro conjunto de políticas migratorias cuya adopción resulta imperativa, por tener un contenido igualmente indisponible. Todas las demás pueden tomarse libremente por parte de los órganos de creación normativa<sup>192</sup>.

Pero, además del diseño de la ley migratoria, también el modo en que ésta se aplica e implementa está subordinado a la vigencia del Estado constitucional. Tal como el legislador no puede erosionar, a través de la deliberación democrática, aquel ámbito de indisponibilidad integrado por los derechos fundamentales, la autoridad administrativa no puede arrogarse la función de legislar limitando el ejercicio de dichos derechos, a través de la potestad reglamentaria. Tampoco puede adoptar medidas al margen de la legalidad, o aplicando las leyes de manera discriminatoria y/o arbitraria. Al excederse el legislador o la administración en el ejercicio de sus atribuciones, la jurisdicción ha progresivamente asumido un papel de garante de los derechos de las minorías a través del control de constitucionalidad, tanto difuso como concentrado.

Esto nuevamente evidencia el modo en que los cimientos del Estado constitucional pueden entrar en conflicto unos con otros, particularmente la toma de decisiones mayoritarias legítimas desde el punto de vista democrático, con el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas. Uno de los puntos principales del constitucionalismo es precisamente limitar los resultados permisibles de los procesos de toma de decisiones mayoritarios, basados en principios liberales fundamentales, como la libertad individual, la igualdad de trato y los derechos humanos<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> SONG, 2019, p. 6.

<sup>192</sup> “Precisamente en este derecho por encima del derecho, en este sistema de normas meta-legales destinadas a los poderes públicos y ante todo al legislador, consiste la Constitución se trata de la convención democrática acerca de lo que es indecible para cualquier mayoría, o bien por qué ciertas cosas no pueden ser decididas, y por qué otras pueden ser decididas”. FERRAJOLI, 2008, p. 31.

<sup>193</sup> HAMPSHIRE, 2013, pp. 7-8.

## 2.4 ¿El Estado constitucional como un Estado-nación y un Estado capitalista?

Además de la vigencia de la juridicidad, del régimen democrático y del respeto y garantía de los derechos fundamentales, hay otros dos rasgos que según autores como James Hampshire<sup>194</sup> o Sarah Song<sup>195</sup> son característicos del modelo de Estado imperante en el mundo contemporáneo: el carácter de Estado-nación, y el de Estado capitalista desde el punto de vista económico. A este respecto, nos parece dudoso el que estos rasgos sean efectivamente consustanciales a un modelo prescriptivo de Estado constitucional como el que nos hemos propuesto adoptar. Más bien, diríamos que no lo son. Aunque pocos, existen también en el mundo Estados constitucionales de carácter plurinacional, como también Estados que en el plano económico adoptan versiones más vigorosas del control estatal sobre el mercado, ciertamente dentro de un sistema liberal.

Parece ser que el análisis de los autores mencionados incorpora estos rasgos pensando en formular un modelo descriptivo de los Estados contemporáneos, y no un modelo que dé cuenta de los rasgos que éstos debiesen idealmente adoptar. Hay que considerar que su análisis lo plantean tomando en cuenta el modelo de una “democracia liberal” (en el caso de Hampshire) y el de “sociedades democráticas” (en el caso de Song), no el de Estado constitucional que aquí tomamos de referencia, y que no necesariamente involucra los mismos aspectos. Fuera de ello, parece igualmente interesante referirse al impacto que estos rasgos, que efectivamente están presentes en la mayoría de los países del mundo, tienen a la hora de plantear la pregunta sobre el control de la inmigración.

Ambas calidades empujan en direcciones opuestas cuando de políticas migratorias se trata. Por un lado, el carácter de Estado-nación de la mayoría de los Estados constitucionales involucra un compromiso por el mantenimiento de una determinada identidad nacional particular: un determinado idioma, festividades, símbolos, costumbres, valores. Esto supone necesariamente promover determinadas identidades culturales oficiales en perjuicio de otras<sup>196</sup>, de manera tal que no puede decirse que se trate de un rasgo que contribuya y justifique la adopción de políticas migratorias receptoras a la llegada de nuevos migrantes. Esto plantea nuevamente una tensión, entre el universalismo propio de la vigencia plena de los derechos fundamentales y el compromiso nacionalista con la construcción y el mantenimiento de una determinada identidad nacional<sup>197</sup>,

---

<sup>194</sup> HAMPSHIRE, 2013, pp. 8-12.

<sup>195</sup> SONG, 2019, pp. 4-6.

<sup>196</sup> KYMLICKA, 1995, p. 46.

<sup>197</sup> HAMPSHIRE, 2013, p. 9.

resultando las migraciones internacionales un fenómeno especialmente desafiante desde este punto de vista<sup>198</sup>.

Por otro lado, tenemos que la mayoría de los países del mundo adoptan el libre mercado como sistema llamado a regir en las relaciones económicas. Es decir, los Estados constitucionales democráticos son también Estados capitalistas, que además forman parte de un orden globalizado, con múltiples acuerdos de libre comercio que permiten transar mercancías sin que las fronteras políticas sean verdaderamente un obstáculo. Hampshire plantea que, pese a la diversidad de capitalismo en el mundo, todos estos son altamente consecuentes si se trata de adoptar una respuesta al asunto de la inmigración. La demanda de mano de obra es endémica para las economías capitalistas avanzadas, por lo que estos Estados no pueden darse el lujo de prescindir del trabajo inmigrante<sup>199</sup>. En consecuencia, el libre mercado es un rasgo de los Estados contemporáneos que acaba siendo una también una fuente de apertura hacia la inmigración, conflictuando o enfrentándose en muchos casos con las demandas del régimen democrático representativo y el Estado-nación<sup>200</sup>.

### **3. La crisis o deterioro del Estado constitucional democrático**

No hay dudas que toda esta construcción teórica ha tenido una recepción más o menos exitosa en la práctica. Nadie podría desconocer la inquietud y preocupación existente hoy en relación con el debilitamiento del Estado constitucional en muchos países donde se responde erráticamente a los retos que el mundo globalizado impone, sacrificando el compromiso con el respeto y garantía de los derechos fundamentales. Esto ha motivado a voces que sugieren una “crisis del Estado constitucional”<sup>201</sup>. Otras voces, en cambio, han preferido el empleo de expresiones alternativas a la hora de denunciar el preocupante escenario que enfrentan los derechos humanos. Así, se ha hablado de un “retroceso democrático” (*democratic backsliding*<sup>202</sup>), una “recesión democrática” (*democratic recession*<sup>203</sup>), un “retroceso constitucional” (*constitutional retrogression*<sup>204</sup>), un

---

<sup>198</sup> “La globalización, con la creciente interdependencia que conlleva, enfrenta a diversos desafíos al modelo de Estado asociado a una nación (pueblo), a una autoridad política dominante y a una determinada jurisdicción territorial”. SOLANES CORELLA, 2016, p. 147-149.

<sup>199</sup> HAMPSHIRE, 2013, pp. 11-12.

<sup>200</sup> SONG, 2019, p. 6.

<sup>201</sup> LEVINSON, y TUSHNET, 2018.

<sup>202</sup> BERMEJO, 2016, pp. 5-19.

<sup>203</sup> DIAMOND, 2015, p. 141.

<sup>204</sup> HUQ y GINGSBURG, 2018, pp. 78, 83.

“fracaso constitucional” (*constitutional failure*<sup>205</sup>), o una “descomposición constitucional” (*constitutional rot*<sup>206</sup>), solo por mencionar algunas. Todas ellas dan cuenta de un debilitamiento o deterioro de la vigencia del Estado constitucional como modelo de organización jurídico-política.

La variedad de diagnósticos acerca de la gravedad de este escenario demanda referirse brevemente a la tesis de un Estado constitucional en crisis a nivel global. Una de las definiciones más interesantes que se han acuñado a este respecto, plantea que una crisis constitucional surge cuando “las funciones básicas del constitucionalismo, de encauzar el conflicto hacia la política cotidiana y así proporcionar estabilidad política han fracasado”<sup>207</sup>. Esto no solo se produce cuando los líderes políticos anuncian públicamente su desobediencia de la Constitución, sino que también cuando existe una desobediencia masiva de la misma, que genera disturbios callejeros o la secesión de partes del territorio, y también cuando la estricta fidelidad a las formas constitucionales solo puede conducir a la ruina o al desastre<sup>208</sup>.

Aunque en muchos países se ha debilitado sistemáticamente la protección de los derechos fundamentales, parece ser que pocos Estados constitucionales enfrentan verdaderas crisis, en los términos antes planteados. En buena parte de los casos, el uso del término “crisis constitucional” es empleado hiperbólicamente<sup>209</sup>. Así, por ejemplo, aunque el poder político lesione de maneras más o menos graves los derechos fundamentales, deteriorando o debilitando la vigencia del Estado constitucional, esto no es necesariamente síntoma de una verdadera crisis. En consecuencia, el uso de expresiones alternativas como “descomposición constitucional” (*constitutional rot*), que alude a un proceso gradual de decadencia de las normas constitucionales operando durante largos periodos; parece ajustarse más a la realidad que viven muchos países en la actualidad, a diferencia de las verdaderas crisis constitucionales, que suelen ocurrir en periodos de tiempo más acotados y de manera mucho más aguda.

Sostener la tesis de una crisis del Estado constitucional como paradigma jurídico y organizativo, plantea la necesidad de superarlo y adoptar un modelo alternativo. Sin embargo, hasta el momento no es posible identificar un modelo alternativo que compita seriamente con la fórmula de Estado constitucional, que domina la realidad política y jurídica de los Estados contemporáneos.

---

<sup>205</sup> BARBER, 2014.

<sup>206</sup> BALKIN, 2018.

<sup>207</sup> LEVINSON y BALKIN, 2009, pp. 707, 721.

<sup>208</sup> LEVINSON y BALKIN, 2009, p. 714.

<sup>209</sup> BALKIN, 2018, p. 15.

Pese a sus falencias y debilidades prácticas, éste ha permitido una efectividad de los derechos fundamentales desconocida hasta antes de su irrupción en el escenario de los sistemas políticos. De allí la insistencia en retomar y fortalecer sus rasgos fundamentales del Estado constitucional, pues sigue siendo una referencia y orientación para el ejercicio de las potestades estatales.

#### **IV. Contradicciones y tensiones de las políticas de control migratorio con la garantía de los derechos fundamentales en el mundo contemporáneo**

Uno de los síntomas más evidentes y graves del deterioro o retroceso de los Estados constitucionales contemporáneos es la errática forma en que muchos de ellos han diseñado e implementado sus políticas de control a la inmigración. La gran mayoría de los países destino de inmigrantes adoptan, con sus propias particularidades, la forma constitucional democrática de Estado, vinculándose a una serie de estándares con relación a la forma y alcance del control a dichos flujos y al trato que han de ofrecer a las personas que cruzan sus fronteras. Sin embargo, hoy más que nunca éstos han adoptado políticas y prácticas contrarias a los valores y principios que orgullosamente dicen abrazar cuando se presentan como democracias constitucionales, y que se comprometen a respetar y promover. Los rasgos que hoy definen las políticas de control migratorio y el modo en que los Estados controlan el tránsito a través de sus fronteras no solo producen tensión, sino que con frecuencia una directa contradicción con los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos<sup>210</sup>.

Los Estados suelen tener una escasa consideración con la protección integral de los derechos humanos de las personas migrantes, a diferencia de la consideración que tienen con la inviolabilidad de sus fronteras, que parece ser siempre la prioridad y objetivo central en el control de los flujos migratorios<sup>211</sup>. La gravedad de esta situación ha llevado a plantear incluso que las políticas migratorias y de asilo han “herido de muerte” al Estado de Derecho, como orden jurídico-político de sumisión del poder<sup>212</sup>. Este es el contexto desde el cual revisaremos panorámicamente las políticas de control a la inmigración en algunos lugares del mundo que más presión migratoria enfrentan (Estados Unidos, Europa, y Chile como destino emergente en Sudamérica), para luego revisar los problemáticos rasgos que las caracterizan, y que han debilitado el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales.

---

<sup>210</sup> BENHABIB, 2004, p. 14.

<sup>211</sup> VELASCO, 2016, p. 137.

<sup>212</sup> DE LUCAS, 2015, p. 76.

## 1. El control a la inmigración en el mundo contemporáneo: panorama general

No es posible ofrecer una mirada panorámica de las políticas de control a la inmigración sin tener presente que las migraciones internacionales son un rasgo estructural y un factor sistémico del mundo globalizado<sup>213</sup>. La globalización ha configurado un espacio mundial unificado gracias a la creciente interdependencia e interconexión entre países distantes, facilitada por los avances en materia de transporte y las telecomunicaciones. El desarrollo y fortalecimiento de este espacio global tiene enormes potencialidades y podría generar importantes ventajas para las economías, el comercio, el trabajo, la ciencia y tecnología, las comunicaciones, la cultura y la universalidad de los derechos humanos.

Sin embargo, solo una de las facetas de la globalización, que es en sí misma un fenómeno multifacético o multidimensional, ha dominado este proceso y desplazado a todas las demás. Se trata de la globalización económica, financiera o de capital, que ha ocupado una posición hegemónica en desmedro de cualquier otra faceta, incluyendo la política o la jurídica<sup>214</sup>. Esto ha favorecido la segregación, separación y marginación social<sup>215</sup>, abriendo una brecha mucho más profunda entre países ricos y países pobres, perjudicando progresivamente a quienes viven en estos últimos, y no pertenecen al reducido grupo de agentes plenamente integrados al mundo globalizado<sup>216</sup>. La globalización no ha alcanzado a los derechos humanos, resultando en una sociedad “mal estructurada y con efectos perversos sobre centenares de millones de seres humanos”<sup>217</sup>. Esto ha generado flujos incesantes de personas desplazándose de un país a otro con la esperanza de un nivel de vida mínimamente digno, motivados por múltiples causas entre las cuales se haya la necesidad extrema, el hambre o la guerra<sup>218</sup>.

La reacción a estos constantes flujos de movilidad humana no se ha hecho esperar. En muchas sociedades receptoras existe un creciente sentimiento anti-inmigración, hábilmente aprovechado

---

<sup>213</sup> DE LUCAS, 2004, p. 198.

<sup>214</sup> DE LUCAS, 2008, p. 56.

<sup>215</sup> BAUMAN, 2016, p. 9.

<sup>216</sup> DE LUCAS, 2008, p. 57.

<sup>217</sup> Declaración de Granada sobre la Globalización, 2005.

<sup>218</sup> Según el Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020 de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), el año 2019 había en el mundo 272 millones de migrantes internacionales, lo que equivale al 3,5% de la población mundial. El 52% de los migrantes internacionales eran varones y el 48% eran mujeres. El 74% de los migrantes internacionales eran personas en edad de trabajar (de 20 a 64 años). En cuanto a los refugiados, el año 2018 la cifra se estimó en 25,9 millones de personas. 20,4 millones bajo el mandato de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y 5,5 millones bajo el mandato del Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS). El 52% de la población mundial de refugiados tenía menos de 18 años de edad.

por el discurso y la práctica política. Al interior de los países de destino, muchas personas desplazadas por el progreso social y económico de solo una parte de la sociedad ven cómo el Estado constitucional ha estado al debe, incumpliendo la promesa de una garantía efectiva de sus derechos. Esta frustración ha sido caldo de cultivo para la intolerancia anti-inmigrante, que incorporada en el diseño y la implementación de las políticas migratorias es síntoma inequívoco del deterioro de los Estados constitucionales.

Aunque se trata de un fenómeno de larga data, la irrupción de reacciones xenófobas y racistas en las sociedades de acogida de inmigración, especialmente en Europa y Estados Unidos, puede identificarse con mayor fuerza a partir de la década de los 80<sup>219</sup>. Desde entonces, la trayectoria de la xenofobia, el racismo y el nacionalismo chovinista solo ha ido en ascenso<sup>220</sup>. Esto ha sido inteligentemente capitalizado por partidos y movimientos políticos que, con un marcado discurso anti-inmigrante, han conseguido un sorprendente apoyo electoral en muchos países del mundo. Y es que obtener provecho de la popularidad del discurso anti-inmigración es “una tentación que muy pocos políticos podrían resistir”<sup>221</sup>. Ello ha permitido que un importante número de Estados que venían abrazando los principios y valores propios de la democracia constitucional se han inclinado por adoptar políticas desfavorables hacia los migrantes<sup>222</sup>, cerrándose cada vez más fronteras en un mundo en el cual las personas no dejan de moverse.

### **1.1 Los Estados Unidos de Norteamérica: “*The American Dream*” y las políticas restrictivas**

Estados Unidos, país destino de inmigración por excelencia<sup>223</sup>, intensificó la aplicación de políticas anti-inmigración durante el gobierno de Donald Trump. En la campaña electoral de 2016, esta cuestión fue decisiva en el apoyo alcanzado por el entonces candidato republicano. Un duro discurso en contra de la comunidad migrante fue la tónica en las intervenciones públicas de Trump durante la campaña. Refiriéndose a México, éste señaló que “(...) están enviando gente que tiene

---

<sup>219</sup> LÓPEZ SALA, 2005, pp. 106-107

<sup>220</sup> BAUMAN, 2017, p. 19.

<sup>221</sup> BAUMAN, 2017, p. 22.

<sup>222</sup> “Muchos partidos y movimientos políticos, fundamentalmente de derecha y extrema derecha, han hecho de las políticas antiinmigrante un elemento central de sus plataformas, demostrando una fuerza nueva y sorprendente en muchos Estados, incluyendo Austria, Dinamarca, Alemania, Hungría, Italia y Polonia”. ALENIKOFF, 2018, p. 490.

<sup>223</sup> Aunque no se trata del país con una mayor proporción de inmigrantes en relación al total de su población, Estados Unidos es el país que alberga al mayor número de ellos en el mundo: 50,7 millones de personas según el Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020 de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM), que equivale al 16% de su población.

muchos problemas, y los están trayendo hacia nosotros (...) traen droga, están trayendo crimen, son violadores”. De igual manera, refiriéndose al Programa de Diversidad de Visas señaló que permite que Estados extranjeros “nos den a sus peores personas”. La promesa de erigir un muro infranqueable en la frontera sur se convirtió en símbolo del auge de las políticas restrictivas en materia de inmigración, propio de la segunda mitad de la década de 2010, y solo parte del mismo acabó materializándose, con cargo a fondos del Pentágono.

Una vez en la Presidencia, Trump no tardó en impartir nuevas directivas a las oficinas federales con competencia en materia migratoria a través de un conjunto de órdenes ejecutivas, entre ellas, las destinadas a proteger a la nación de la entrada de “terroristas extranjeros” vetando a nacionales de siete países de mayoría musulmana del ingreso al territorio estadounidense, frenando temporalmente el programa de refugiados y cancelando indefinidamente el programa de asilo para ciudadanos sirios<sup>224</sup>. Con relación a los más de once millones de inmigrantes indocumentados en Estados Unidos, la administración Trump aceleró las redadas y arrestos, al igual que los juicios y deportaciones de un importante número de ellos, sin considerar el arraigo familiar o laboral, o que incluso en ocasiones el extranjero deportado no dominaba el idioma español ni había pisado antes el país de su nacionalidad<sup>225</sup>. Durante la presidencia de Bill Clinton, y con apoyo del Congreso, la deportación *express* había sido también una política que lesionó gravemente derechos básicos de los inmigrantes indocumentados.

Quienes han sufrido en carne propia y más agudamente las consecuencias de la nueva política de control a la inmigración han sido quienes intentan cruzar o cruzan clandestinamente la frontera sur. Éstos han sido detenidos por la Patrulla Fronteriza, por tiempo prolongado y en condiciones caracterizadas por el hacinamiento, además de la falta de higiene y de una alimentación adecuada<sup>226</sup>. La vulneración de derechos se ha agravado considerando que las familias de inmigrantes detenidas en esta situación eran separadas, privando de libertad a los adultos a la espera del proceso migratorio, mientras que los menores de edad eran considerados como no acompañados. Varios menores migrantes han perdido la vida estando detenidos en estas condiciones<sup>227</sup>. Incluso una vez concluido el gobierno de Trump, se han seguido conociendo

---

<sup>224</sup> Orden Ejecutiva del 27 de enero de 2017: “*Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*”. Esta fue detenida por los tribunales federales, y en su reemplazo, se dictó la Orden Ejecutiva del 6 de marzo de 2017: “*Protecting the Nation from Foreign into the United States*”, igualmente detenida por los tribunales federales.

<sup>225</sup> Orden Ejecutiva 13768 y 13767, ambas de 25 de enero de 2017.

<sup>226</sup> Volveremos a este asunto en nuestro cuarto capítulo, donde nos referiremos a la detención migratoria.

<sup>227</sup> CUISON-VILLAZOR y JOHNSON, 2019.



imágenes dramáticas, como las de agentes fronterizos montados a caballo y persiguiendo a migrantes haitianos que buscaban cruzar el Río Grande hacia Texas, en septiembre de 2021.

## 1.2 El espacio europeo: la “Europa fortaleza” y las políticas de “retorno”

Europa en tanto, otro destino migratorio clásico, ha estado sometida a una inédita presión producto de la llegada de millones de personas desde el año 2014. La Guerra en Siria, en Libia, y las crisis políticas generadas en el contexto de la llamada “primavera árabe” y el “invierno árabe”, han empujado a millones de personas a desplazarse por distintas rutas a muchos países europeos<sup>228</sup>. Lo mismo ha producido el hambre y la miseria de muchos países africanos, en especial de la llamada África Subsahariana<sup>229</sup>. Uno de los medios usuales utilizados por los nacionales de estos últimos países ha sido el cruce del Mar Mediterráneo en precarias balsas (denominadas con frecuencia “pateras”), lo que ha cobrado la vida de cientos de personas que han muerto ahogadas, incluyendo niños y niñas<sup>230</sup>. La respuesta europea a esta llamada “crisis de refugiados” ha sido lenta, errática y disímil<sup>231</sup> a lo largo de la geografía de Europa, cuestión que no solo ha puesto a prueba su compromiso con los valores propios de cualquier Estado constitucional, incluyendo el respeto y protección de los derechos humanos, sino que ha incidido directamente en gravísimas violaciones de éstos.

El Convenio de Dublín, que data originalmente del año 1990 y ha sido revisado en 2003 y 2013, ha intentado determinar a qué Estado miembro de la Unión Europea corresponde hacerse cargo de las solicitudes de asilo presentadas por quienes han ingresado a Europa, huyendo de sus países de origen. Este instrumento jurídico ha colocado sobre los hombros de aquellos países ribereños del

---

<sup>228</sup> Producto de la Guerra en Siria, más de 6,1 millones de personas se han visto desplazadas según el Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020 de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM). Alemania ha sido uno de los principales destinos para estas personas. Alemania ocupa el segundo lugar entre los países de destino de migrantes, llegando a 13,1 millones durante el año 2019 (equivalente al 13% de su población). Reino Unido, Francia, Italia y España son otros países europeos que integran la lista de los 20 principales países de destino de migrantes internacionales según la OIM.

<sup>229</sup> Durante los últimos siete años, países africanos tales como Sudán del Sur, Somalia, Sudán, República Democrática del Congo, República Centroafricana, han sido parte de los principales países de origen de refugiados. Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020, Organización Internacional de las Migraciones (OIM).

<sup>230</sup> En 2018, el Mediterráneo siguió siendo el lugar con el mayor número de muertes conocidas durante la migración, pero en comparación con los cuatro años anteriores, hubo una proporción muy superior de víctimas en la “ruta del Mediterráneo occidental”. En el cruce marítimo de África del Norte a España se registraron 813 decesos en 2018, frente a 272 de 2017.

<sup>231</sup> La notoria heterogeneidad con que se enfrentan los diferentes flujos de desplazamiento forzado ha quedado en evidencia durante 2022, año en el que producto de la invasión rusa a Ucrania, más de 5 millones de personas han huido de la guerra desde este último país, y acogidos en distintos países de Europa con una hospitalidad que dista mucho de la recepción a solicitantes de asilo sirios y africanos.

Mediterráneo (principalmente Grecia, Italia y España) gran parte de la presión, al establecer que corresponde tramitar las solicitudes de asilo a los países de entrada o llegada de los potenciales refugiados. Las dificultades a las cuales se han enfrentado algunos de estos países producto de esta situación, han contribuido en buena medida a las inaceptables condiciones físicas e higiénicas de los campamentos en que se dirige a los solicitantes de asilo. La necesidad de sustituir este régimen por uno que distribuya la carga de modo más solidario entre los distintos países de la Unión Europea ha motivado una discusión relativa a su reforma sustancial o incluso a su sustitución por un nuevo instrumento<sup>232</sup>.

Antes del precipitado aumento de solicitudes de asilo en Europa y de la errática respuesta a este fenómeno, la adopción de otro instrumento comunitario europeo generó controversia producto de sus regresivos y perjudiciales efectos para el respeto y garantía de los derechos humanos de personas migrantes. Se trata de la Directiva Europea de Retorno de Inmigrantes aprobada el año 2008<sup>233</sup>, cuyos principales aspectos cuestionables dicen relación con la posibilidad de detenciones prolongadas en Centros de Internamiento, la privación de libertad de niños y niñas, el régimen de expulsiones sin suficientes garantías procedimentales y el impacto que todas estas medidas tienen sobre la vida familiar de las personas migrantes<sup>234</sup>. Se ha dicho que este instrumento de Derecho Comunitario Europeo “contamina” principios básicos del Estado de Derecho, como la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, la presunción de inocencia y el derecho a la justiciabilidad, al no garantizarse el acceso de los migrantes a la adecuada defensa de sus derechos frente a las autoridades migratorias, cuestión que, entre otras cosas, contraviene el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>235</sup>.

Durante la última década, han surgido y se han fortalecido en Europa un importante número de partidos y movimientos políticos con un discurso abiertamente anti-inmigrante, accediendo en varios casos a posiciones importantes en el poder político gracias al voto popular. En Alemania,

---

<sup>232</sup> A la espera de una decisión sobre esta materia, algunos otros mecanismos han permitido liberar parte de la excesiva presión a la que se veían expuestos algunos de los países de entrada de solicitantes de asilo. Uno de ellos es el Acuerdo entre la Unión Europea y Turquía, que ha permitido el regreso de los solicitantes de asilo a Turquía a cambio de mayores esfuerzos para reasentar a los refugiados sirios en la Unión Europea, junto a un importante apoyo financiero a Turquía por parte de la Unión Europea.

<sup>233</sup> Directiva sobre los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16/12/2008, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del 24/12/2008. La Directiva había sido aprobada por el Parlamento el 18/06/08 y por el Consejo el 09/12/08.

<sup>234</sup> CERIANI CERNADAS, 2009a, pp. 85-94.

<sup>235</sup> DE LUCAS, 2009, p. 33.

por ejemplo, *Alternative für Deutschland* (AfD o Alternativa para Alemania) ha sido un partido político con un discurso claramente anti-inmigrante y anti-musulmán, que se ha visto beneficiado por la llamada “crisis de refugiados” y la política abierta del gobierno liderado hasta 2021 por Angela Merkel. En Francia, en tanto, la *Rassemblement national* (Agrupación Nacional y ex Frente Nacional) liderada por Marine Le Pen ha logrado una importante participación en el Parlamento Europeo con un discurso contrario a la inmigración<sup>236</sup>. En Reino Unido, a su vez, la cuestión migratoria fue determinante en el triunfo del *Brexit*, que marcó el inicio de la salida de dicho país de la Unión Europea. En efecto, los discursos nacionalistas, anti-inmigrante y anti-extranjero tuvieron una importante llegada, fundamentalmente en ciertos sectores de la sociedad inglesa más tradicional, fuera de la cosmopolita y multicultural área urbana de Londres. Experiencias similares podemos encontrar en otros países como Austria, España, Holanda o Hungría<sup>237</sup>.

Todas estas situaciones han colocado en entredicho la idea de una Europa “fortaleza”, como bastión del respeto y garantía de los derechos humanos, y de la estabilidad de gobiernos democráticos. Más bien, han significado atribuir un sentido diferente a esta expresión, en la medida que las políticas migratorias europeas han contribuido a crear un “espacio fortificado”, que ha tendido a aislar a Europa de otras regiones del planeta, especialmente de aquellas de donde proviene la mayoría de los inmigrantes y solicitantes de asilo que intentan cruzar sus fronteras exteriores, quienes no parecen ser suficientemente merecedores de la protección de los derechos humanos que las democracias europeas declaran como baluarte de su organización comunitaria.

Los últimos años han generado múltiples desafíos en materia de movilidad para Europa, como para el resto del mundo. La pandemia de COVID-19 significó el cierre de fronteras quebrantó el funcionamiento interno del sistema *Schengen*, paralizando temporalmente la libre movilidad y los ingresos regulares, además de tensionar (o dejar de lado) la vigencia de principios como el *non refoulement*<sup>238</sup>. En España, por ejemplo, se ha profundizado la aplicación de las llamadas

---

<sup>236</sup> Marine Le Pen: “En algún momento de la década de 2008, los migrantes y sus hijos, no todos, pero una gran mayoría declaró la guerra a Francia... Han intimidado y amenazado a Francia a través de una serie de ataques terroristas y anti-franceses. La guerra civil ya no es un sueño, sino una posibilidad real”.

<sup>237</sup> En Austria, por ejemplo, Heinz-Christian Strache, vicescanciller de Austria y Presidente del Partido de la Libertad, de extrema derecha declaró: “Nunca más sucederá que los migrantes, que no han trabajado por un solo día aquí y nunca han pagado nada en el sistema, ¡reciban mil euros de bienestar social!”. En Holanda, Geert Wilder, líder del populista *Partij voor de Vrijheid* (PVV) o Partido de la Libertad, ha señalado que: “En lugar de financiar al mundo y personas que no queremos aquí, gastaremos el dinero en ciudadanos holandeses comunes”. Discursos similares se han oído en España de parte de líderes de VOX: “El poco dinero que tenemos es para los españoles”. Por último, el Primer Ministro de Hungría, Viktor Orbán, ha hecho de la política anti-inmigración uno de los ejes centrales de su gobierno. Recientemente ha declarado: “Está prohibido decirlo en Europa, pero la inmigración es una invasión organizada”.

<sup>238</sup> SOLANES CORELLA, 2022, p. 19.

“devoluciones en caliente”, por medio de las cuales los cuerpos de seguridad, por vías de hecho y sin seguir procedimiento legal alguno, expulsan sumariamente a personas migrantes interceptadas en una zona bajo su soberanía, en los enclaves norafricanos de Ceuta, Melilla y algunos islotes cercanos. A su vez, la invasión rusa a Ucrania del 24 de febrero de 2022, aún sin concluir la pandemia, ha desatado una crisis que involucra uno de los éxodos más acelerados en Europa desde la II Guerra Mundial<sup>239</sup>, que ha evidenciado cómo la proximidad geográfica y cultural ha sido determinante a la hora de ofrecer un trato diferente al fenómeno del desplazamiento forzado hacia Europa.

### **1.3 Chile: Un nuevo destino para las migraciones internacionales en América Latina**

Este complejo panorama para quienes migran no es exclusivo de los países del norte del mundo, que han sido tradicionalmente destino predilecto de quienes se embarcan en un proyecto migratorio. Las migraciones intrarregionales, especialmente las llamadas “migraciones sur-sur”, han tenido un importante desarrollo en la última década. Ha sido el caso de las migraciones al interior de América del Sur, donde la gran mayoría de los migrantes internacionales se mueven dentro de esta subregión. Aquí, durante los últimos cinco años ha dominado el panorama la crisis humanitaria de Venezuela, producida por el turbulento panorama político y económico. Ella ha empujado a más de cuatro millones de venezolanos a desplazarse a países como Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Argentina o Brasil<sup>240</sup>. Sin embargo, es también muy importante la diáspora de países como Colombia, Ecuador o Perú, y de países del Caribe como Haití o República Dominicana.

Chile ha sido uno de los varios países de América Latina donde más se ha incrementado la inmigración porcentualmente hablando, particularmente en el último lustro. Según estimaciones del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (UN DESA), al año 2020 la proporción de población nacida en el extranjero alcanzaba el 8,61%. Chile es el país de América del Sur con mayor proporción de migrantes, y el 6º país del mundo con una mayor

---

<sup>239</sup> SOLANES CORELLA, 2022, pp. 21-22.

<sup>240</sup> Las turbulencias políticas y económicas en la República Bolivariana de Venezuela han dado lugar a una de las crisis humanitarias más grandes del mundo, desplazando del país a millones de personas. Al final de 2018, había más de 3 millones de venezolanos desplazados en distintas partes del mundo; a mediados del 2019, esta cifra había aumentado a 4 millones. La gran mayoría de estas personas se encontraban en países vecinos como Colombia, Perú, Ecuador, Argentina, Chile y Brasil, aunque un número creciente de venezolanos se estaba trasladando también a países de Centroamérica y el Caribe (Informe sobre las Migraciones en el Mundo de la Organización Internacional de las Migraciones – OIM).

variación en las tasas de inmigración durante los últimos 30 años, pasando de un 0,81% en 1990 a un 8,61% en 2020, es decir, un 962% de variación<sup>241</sup>. Si en el año 2014, residían en este país no más de medio millón de extranjeros, las estimaciones al 2020 sugieren que dicha cifra al menos se ha triplicado, alcanzando aproximadamente a un millón y medio de migrantes residentes. Entre los nuevos flujos migratorios que más destacan se encuentran, además de Perú o Bolivia (países limítrofes y tradicionales generadores de emigración hacia Chile), los provenientes de Venezuela, Colombia, Ecuador y Haití<sup>242</sup>. Al igual que en otras regiones del mundo donde ha ocurrido este fenómeno, el alza vertiginosa de estas cifras ha provocado una importante inquietud en la sociedad chilena, que en no pocos casos ha reaccionado de manera discriminatoria, racista y xenófoba.

En septiembre de 2021, la violencia estalló en la ciudad de Iquique luego de una concentración donde cerca de 5 mil personas se manifestaron en contra del masivo ingreso de migrantes por pasos no habilitados en Colchane, localidad fronteriza con Bolivia por donde hasta noviembre de 2021 y durante la pandemia habían ingresado clandestinamente 50.351 personas<sup>243</sup>. Concluida la manifestación, ardieron en una gran hoguera las pertenencias de un grupo de familias venezolanas desalojadas el día antes desde la Plaza Brasil de la ciudad capital de la Región de Tarapacá, entre las que se encontraban tiendas de campaña, colchones, ropa, juguetes infantiles, coches de bebé y documentos de propiedad de los migrantes. Estos vergonzosos acontecimientos han sido, hasta ahora, el clímax de un mal manejo estatal de una crisis humanitaria, pero también de un uso político y mediático de las migraciones que había comenzado durante las elecciones presidenciales y parlamentarias de 2017<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup> A este respecto, Chile solo es superado por Corea del Sur (3.238% de variación), Guinea Ecuatorial (2.413% de variación), Perú (1.345% de variación), Colombia (1.089% de variación) y Bulgaria (992% de variación). UN DESA, 2020.

<sup>242</sup> Esto según estimaciones del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y el Departamento de Extranjería y Migración (DEM), en colaboración con la Policía de Investigaciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Servicio de Registro Civil. Los principales colectivos de personas extranjeras residentes en Chile provienen de Venezuela (30,5%), Perú (15,8%), Haití (12,5%), Colombia (10,8%) y Bolivia (8,0%).

<sup>243</sup> Esto, de acuerdo a cifras informadas por la Policía de Investigaciones chilena a los medios de comunicación. En el contexto de la crisis humanitaria en Venezuela, y de la crisis social generada por la pandemia del COVID-19 que se produjo además en un contexto de cierre generalizado de fronteras en muchos países, 2021 fue un año marcado por ingresos clandestinos masivos de ciudadanos venezolanos (pero también de otras nacionalidades) a través de la frontera chilena con Bolivia, particularmente evadiendo el paso ubicado en la localidad altiplánica de Colchane.

<sup>244</sup> Por ejemplo, durante el año 2016 el entonces pre-candidato presidencial Sebastián Piñera declaró: “Lo importante es que los chilenos tenemos que tener meridianamente claro que es muy ingenuo y estúpido tener una política de migración que termina importando males como la delincuencia, el narcotráfico, el crimen organizado” (29 de noviembre de 2016). Del mismo modo, Manuel José Ossandón, otro pre-candidato presidencial planteó: “Es urgente una reforma migratoria acorde a los nuevos tiempos, que acoja al migrante que llega para aportar y que busca una oportunidad. Y que frene y aleje al que espera hacer de Chile un nuevo nicho para delinquir. Personas honestas y deshonestas hay sin distinguir nacionalidad. El honesto y trabajador, bienvenido. El deshonesto y de malos hábitos,

Desde entonces se instaló en Chile el uso político de la migración, a la vez que discursivamente ésta empezó a ser abordada como un problema social, asociándola a fenómenos como la delincuencia, el narcotráfico, la inseguridad, la excesiva demanda sobre el mercado laboral o sobre los servicios sociales<sup>245</sup>. La consigna de “ordenar la casa”, *slogan* del gobierno de Sebastián Piñera para instalar la idea de un “caos migratorio” previo a su asunción, ha sido utilizada como justificación de cada una de las medidas adoptadas por éste, con el fin de contribuir a una migración “ordenada, segura y regular” (expresión acuñada a propósito del Pacto Mundial que el gobierno chileno decidió no suscribir a último minuto)<sup>246</sup>. En este contexto, se dio un giro restrictivo en la política migratoria, reformando el sistema de visas (suprimiendo el visado para búsqueda de oportunidades laborales y creando nuevos visados consulares para nacionales de Haití y Venezuela<sup>247</sup>), aumentando los rechazos en frontera y las expulsiones mediáticas. Todas estas medidas han contado con una alta aprobación ciudadana, según estudios de opinión pública<sup>248</sup>.

Uno de los asuntos clave que marcó la elección presidencial chilena de 2021 fue precisamente el tema migratorio. Para ambos candidatos que acabaron disputándose el *ballotage*, este fue un asunto en muchos aspectos decisivo para el resultado de ambas votaciones. Una de las propuestas más emblemáticas del candidato de ultraderecha José Antonio Kast, fue la construcción de una zanja de tres metros de profundidad por idénticos tres metros de ancho en las zonas más críticas de ingreso clandestino en la frontera chilena con Perú y Bolivia<sup>249</sup>. Esta propuesta era la más visible

---

media vuelta que no será recibido. Las puertas del país como las de la casa se abren, pero no a todos” (El Mostrador, 28 de noviembre de 2016).

<sup>245</sup> “Cuando tenemos flujos que ejercen presión sobre servicios básicos como la educación preescolar, la salud primaria, uno dice lo que pasa acá es que en tan corto tiempo llegó tal cantidad de extranjeros que como país no fuimos capaces de adecuarnos a esta nueva realidad. En esa lógica, creo que el desborde es objetivamente una realidad” (Rodrigo Ubilla, El Mercurio de Antofagasta, 15 de agosto de 2018). “cerraré con machete (la frontera) a los migrantes que vengan a delinquir” (Sebastián Piñera en gira al norte del país, Radio Bio Bío, 19 de enero de 2019).

<sup>246</sup> STEFONI y BRITO, 2019, pp. 33-41.

<sup>247</sup> Imposición de visas consulares de turismo para nacionales de Haití y Venezuela, desincentivando la inmigración a la vez que se incentiva la inmigración irregular. Visas especiales de responsabilidad democrática para Venezuela y de reunificación familiar para Haití, siempre consulares.

<sup>248</sup> Según la Encuesta CADEM (Estudio N° 288 – 22 de julio de 2019), un 73% de los encuestados se manifestó de acuerdo con la política migratoria del gobierno, en contraste con apenas el 24% de encuestados que se manifestó en desacuerdo. De igual manera, el 83% de los encuestados cree que Chile debe poner restricciones a la migración, y el 73% cree que la cantidad de extranjeros en Chile es alta o excesiva.

<sup>249</sup> Programa Presidencial del candidato José Antonio Kast, p. 13: “Asignaremos los recursos e implementaremos soluciones concretas que permitan reforzar los puestos fronterizos en los pasos habilitados y los pasos informales que ya se encuentran identificados, que incluyan la construcción de zanjas en los perímetros cercanos a estos pasos (iniciadas en el Gobierno de Michelle Bachelet), torres de vigilancia y habilitación de apoyo tecnológico (drones permanentes, cámaras con visión térmica y visión nocturna) para anticiparse al cruce ilegal de personas por las fronteras. Estas medidas serán complementarias a las destinadas a la prevención del narcotráfico por los mismos lugares”.

en la materia, pero el programa incorporaba un endurecimiento de las políticas y prácticas de control a la inmigración, modificando el estatuto de expulsiones y estableciendo “recintos transitorios para inmigrantes ilegales”, que en definitiva eran centros de detención<sup>250</sup>. El candidato de izquierda y triunfador de la elección Gabriel Boric, en tanto, debió ajustar su programa de gobierno para la segunda votación, luego de los malos resultados obtenidos en las regiones del norte que han experimentado más directamente la crisis migratoria. Así, debieron morigerarse algunas de sus propuestas en materia migratoria más impopulares, como aquella que proponía “garantizar el acceso de las personas migrantes independiente de su situación administrativa, al Banco de Vivienda Protegida y a los programas de vivienda humanitaria para la primera acogida”<sup>251</sup>. Tras reconocer que el programa original no había sido claro en la materia, la candidatura salió a reforzar la idea de fronteras controladas. Boric planteó entonces: “Sería tremendamente irresponsable hablar de ‘perdonazos’ migratorios, porque eso incentiva el descontrol de la migración y debemos tener fronteras ordenadas. Vamos a recuperar el control sobre nuestras fronteras”<sup>252</sup>. Dicho giro en el discurso acabó siendo decisivo en el triunfo del candidato magallánico, incluso en las regiones del norte que durante la primera votación le habían relegado al tercer lugar.

#### **1.4 Un enfoque compartido: políticas migratorias sectoriales, unilaterales, instrumentales y cortoplacistas**

Si algo tienen en común cada una de las experiencias antes reseñadas (Estados Unidos, Europa y Chile, aunque podría también aplicarse a otros países de América Latina) en materia de políticas de control a la inmigración, es que todas ellas comparten una misma mirada con la cual se ha enfrentado el desafío migratorio. En cualquiera de estos casos estamos frente a políticas migratorias que, de acuerdo a Javier de Lucas, son producto de una visión “sectorial, unilateral, instrumental y

---

<sup>250</sup> Programa Presidencial del candidato José Antonio Kast, p. 13: “Incorporaremos en la legislación de Extranjería un nuevo Estatuto de Expulsión de inmigrantes ilegales, que contenga las medidas legales que permitan expulsar del país a extranjeros que ingresen ilegalmente a nuestro territorio, para que las actuales normas no sean evadidas mediante resquicios legales”. “Estableceremos recintos transitorios para inmigrantes ilegales, que permitan darle alojamiento, comida y atención de salud a las personas que crucen a Chile por pasos no habilitados, con especial cuidado de los menores, con el objeto que reciban un trato humanitario mientras se prepara su expulsión del país, conforme a derecho”.

<sup>251</sup> Programa Presidencial del candidato Gabriel Boric (versión original), p. 176 (punto g).

<sup>252</sup> “No puede recaer el peso de una crisis migratoria solo en un grupo de países, en este caso Colombia, Perú y Chile, por eso yo he hablado con mandatarios de diferentes regiones de América Latina, para que demos una discusión para generar un sistema de cuotas y justamente descomprimir esta situación”, señaló el recién asumido Presidente Gabriel Boric. (*Radio Cooperativa*, 14 de marzo de 2022).

cortoplacista”<sup>253</sup>, que acaba por significar un retroceso o una erosión a los principios básicos de un Estado constitucional.

- a. Sectorial, ya que pese al carácter complejo y multidimensional del fenómeno migratorio, los Estados se han empeñado en abordarlo de manera “miope” o incompleta, considerando apenas sus aristas económicas, laborales, penales y de seguridad interior para ofrecer respuesta a los enormes desafíos que éste genera, y desplazando a todas las demás aristas (diplomáticas, sociales, demográficas, de desarrollo) en lo que dice relación con la iniciativa política-jurídica y con la destinación de recursos.
- b. Unilateral, pues sencillamente no existe una estrategia que incluya un diálogo entre los distintos Estados involucrados (de origen, de tránsito, de destino) en la definición de políticas de control y gestión de los flujos migratorios de manera eficiente y respetuosa de los derechos humanos de quienes se desplazan.
- c. Instrumental, en la medida que los argumentos utilizados para justificar estas políticas de control a la inmigración son meramente coyunturales, y en la mayoría de los casos persiguen fines distintos a los expresamente declarados, como la exclusión racial, étnica, socio-económica y cultural de determinados grupos de migrantes.
- d. Cortoplacista, por último, puesto que la rentabilidad electoral de la llamada “cuestión migratoria” hace que las decisiones adoptadas en esta materia por los gobiernos de turno estén fundadas en la opinión pública más que en criterios objetivos, lo que impide que estén pensadas en términos de políticas de Estado que trasciendan en el tiempo.

Esta amalgama de enfoques en el diseño y la implementación de las políticas migratorias ha dado a luz mecanismos de control que no son reflejo de los principios y exigencias propias de un Estado constitucional. Por el contrario, son deficientes e incongruentes desde este punto de vista, desplazando la garantía de los derechos humanos a un segundo o incluso un tercer plano. De esta manera, existe hoy un conjunto de rasgos estructurales que se han consolidado en la mayoría de los países destino de migración, definiendo el modo en que buena parte de los Estados contemporáneos trata a quienes migran. Entre estos, destacan la incongruencia permanente entre los discursos liberales y las políticas de control restrictivas y excluyentes, la discriminación y

---

<sup>253</sup> DE LUCAS, 2002, p. 65; DE LUCAS, 2002, p. 80; DE LUCAS, 2004, p. 202; DE LUCAS, 2011, p. 3; DE LUCAS, 2016a, pp. 24-25.



arbitrariedad, y el desarrollo de un estatuto jurídico de excepción que acaba por marginar a los migrantes de la plena vigencia del Estado constitucional.

## **2. El privilegio de la libre circulación internacional y la (mal llamada) ‘paradoja liberal’**

Una primera cuestión que define las políticas de control a la inmigración a nivel global es el carácter de privilegio que, en la práctica ha adquirido, la posibilidad de desplazarse cruzando las fronteras internacionales. Este es un privilegio con que cuentan los nacionales de países ricos, tal como lo diagnostica Ferrajoli: “la ciudadanía de nuestros ricos países representa el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo pre-moderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”<sup>254</sup>.

Aunque es cierto que, tal como veremos en su oportunidad, la existencia de un derecho humano a inmigrar es un asunto poco pacífico (al menos en un determinado sentido), es igualmente cierto que la cuestión acerca de la universalidad de los derechos humanos es desde hace bastante tiempo un consenso básico para la convivencia democrática en los Estados del mundo contemporáneo. Por lo tanto, parece evidente que la existencia de privilegios fundados, por ejemplo, en el origen nacional o racial, se encuentra al margen de lo jurídicamente posible en el marco del respeto y garantía internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, y aunque ningún instrumento internacional lo declare como tal, en la práctica la nacionalidad o la raza de una persona son atributos de enorme relevancia a la hora de desplazarse a través del planeta. No todas las personas tienen igualdad de oportunidades para emprender un proyecto migratorio, por razones que van incluso más allá de la posibilidad de contar con los medios materiales suficientes para solventar los gastos derivados de un costoso viaje. El acceso a la movilidad internacional no es idéntico para todos. Al contrario, se ha convertido hoy, según Bauman, en “el más elevado de todos los factores de estratificación”<sup>255</sup> social, produciéndose una fractura o grieta entre quienes tienen derecho a circular y quienes están obligados a quedarse en casa.

Los primeros (“los de arriba” o “globalmente móviles”) tienen el privilegio de moverse casi libremente, a voluntad, eligiendo el destino de acuerdo con los placeres que éste ofrece o simplemente a la propia conveniencia. Los otros (“los de abajo” o “localmente sujetos”), en

---

<sup>254</sup> FERRAJOLI, 2016, p. 117

<sup>255</sup> BAUMAN, 2016, p. 115.

cambio, son expulsados una y otra vez de los lugares a los que intentan dirigirse<sup>256</sup>. Los primeros se desplazan “porque el mundo a su alcance (global) es irresistiblemente atractivo; los segundos lo hacen porque el mundo a su alcance (local) es insoportablemente inhóspito”<sup>257</sup>. La libre circulación parece reservada exclusivamente a los habitantes del primer mundo, para quienes las fronteras internacionales no suponen mayor obstáculo en su desplazamiento. Para los demás, por el contrario, se implementan toda clase de mecanismos de control migratorio, incluyendo fuerzas policiales con alto poder de fuego y el levantamiento de muros y vallas.

Esta diferencia de trato no solo resulta contraria a la idea de universalidad, sino que es una evidente incoherencia o contradicción con los principios liberales que inspiran a la mayoría de los Estados constitucionales, no solo en lo que respecta a su propia organización, sino que también a su forma de relacionarse con el resto del mundo en el contexto de la globalización. Tal como mencionamos en su oportunidad, el proceso globalizador ha desregulado paulatinamente el flujo de capitales e inversiones, como el de bienes y servicios, para los cuales las fronteras internacionales han perdido relevancia frente al libre comercio. Sin embargo, y a la vez, se ha reforzado el control de las fronteras para el tránsito de personas de manera constante y progresiva. Aunque las fronteras se han hecho, a lo menos, porosas para las mercancías, son hoy impenetrables para muchas personas a partir de criterios discriminatorios y arbitrarios.

Al mismo tiempo que se han erigido muros y vallas para las personas, ha existido una tendencia creciente a abrir las fronteras para los capitales, a través de tratados de libre comercio y de la acción de organizaciones internacionales de alcance regional y global<sup>258</sup>. Esto ha evidenciado aquello que ha sido (mal) denominado como la “paradoja liberal” de los Estados en materia de inmigración: mientras las libertades individuales han justificado la apertura de fronteras en beneficio de la economía, las mismas fronteras se han ido cerrando para los migrantes<sup>259</sup>. Esta expresión fue popularizada por James Hollifield a inicios de los años 90’, sin embargo, no ha perdido vigencia<sup>260</sup>. Con el objeto de mantener la competitividad económica en el contexto global, los Estados deben

---

<sup>256</sup> BAUMAN, 2016, p. 115.

<sup>257</sup> BAUMAN, 2016, p. 122.

<sup>258</sup> DE LUCAS, 2016b, p. 92; WITHOL DE WENDEN, 2013, p 15; SOLANES CORELLA, 2016, p. 178. La última autora plantea: “(...) en la época postwestfaliana persiste el deseo de que existan muros internacionales como una de las contradicciones de la globalización, que impulsa la circulación de capitales y bienes al tiempo que se pretende volver a imponer el poder del Estado-nación”.

<sup>259</sup> Y digo “mal denominado” porque, en estricto rigor, se trataría más bien de una contradicción lógica que de una paradoja. Existe una contradicción cuando al unísono se abren las fronteras para el capital y se cierran para las personas, mientras se pretende enarbolar la bandera del respeto a las libertades individuales frente al Estado.

<sup>260</sup> HOLLIFIELD, 1992.

mantenerse abiertos al comercio, la inversión extranjera y también la inmigración. Sin embargo, y a diferencia de los dos primeros, se considera que la inmigración implica mayores riesgos políticos, culturales e incluso de seguridad<sup>261</sup>.

Resulta evidente la “inconsistencia argumentativa” de este alcance diferenciado de la libertad de circulación (para las mercancías y para las personas) a la hora de reconocer derechos a los migrantes<sup>262</sup>. Esto equivale a decir que “está mal ser antiliberal con las personas nacionales del país que se gobierna, pero está bien serlo con quienes buscan en ese país salvación frente a la tiranía, la persecución sangrienta y/o la pobreza inhumana que las empuja a huir de sus lugares de origen”<sup>263</sup>. De igual manera, se ha planteado que “este mundo liberal, por lo tanto, no es tal, ya que la mayoría de los seres humanos sencillamente no pueden liberarse de un patrón de asociación que no han elegido, encontrándose atados de por vida a un país o región que tal vez incluso repudien”<sup>264</sup>. En cualquier caso, se trata de un doble discurso que coloca en tela de juicio el auténtico compromiso de los Estados constitucionales con los valores y principios que declaran abrazar. En palabras de Ferrajoli, “si se quiere ser coherente con la concepción liberal que está en el origen de la doctrina de los derechos humanos, el derecho a la autonomía personal, de elección del propio plan de vida, el derecho a decidir sobre uno por sí mismo, es el postulado del que emanan todos los demás derechos”<sup>265</sup>.

### **3. La discriminación y arbitrariedad como vicios estructurales de los sistemas de control migratorio**

Una segunda cuestión que evidencia contradicciones entre el discurso de los Estados constitucionales y sus prácticas dice relación con la existencia de dos vicios que no ha sido posible erradicar del diseño e implementación de sus políticas de control a la inmigración: la discriminación y la arbitrariedad. Y es que precisamente, el trato que los Estados han brindado a los extranjeros y la decisión acerca de su admisión y permanencia en el territorio propio ha sido tradicionalmente considerado por muchos como uno de los últimos “enclaves” de la soberanía plena, razón por la cual sigue existiendo resistencia a la hora de darle eficacia plena al sometimiento jurídico del poder que supone la existencia misma del Estado constitucional.

---

<sup>261</sup> HOLLIFIELD, 2016, p. 292.

<sup>262</sup> FERRAJOLI, 2016, p. 45.

<sup>263</sup> BAUMAN, 2017, p. 81.

<sup>264</sup> DELGADO HINOSTROZA, 2013, p. 198.

<sup>265</sup> FERRAJOLI, 2016, p. 40.

El proceso de “domesticación” de las potestades estatales en materia de control a la inmigración ha avanzado a un ritmo diferente, más lento y accidentado, que el de la mayoría de las potestades estatales en que la vigencia de los derechos fundamentales se ha dado de modo algo más fluido. Prueba de ello es que, en el ámbito internacional, la mayoría de los países destinatarios de flujos migratorios se han restado de la suscripción de instrumentos internacionales que les imponen obligaciones en esta materia, reconociendo derechos específicos a las personas migrantes<sup>266</sup>.

En efecto, las discriminaciones raciales, étnicas, religiosas, socioeconómicas y de género, por mencionar apenas algunas, siguen estando presentes en las leyes de inmigración o en las prácticas policiales o de las autoridades migratorias, aunque mucho menos que el periodo inicial de formación del derecho migratorio, donde la exclusión fundada en criterios inaceptables estaba plenamente validada y no recibía mayores cuestionamientos. Precisamente, el carácter discriminatorio de las políticas de control a la inmigración ha sido el “pecado original” de éstas, a tal punto que no es exagerado afirmar que el sistema moderno de controles de inmigración nació del racismo y la discriminación étnica<sup>267</sup>. Basta con recordar la exclusión racial de que fueron objeto los ciudadanos chinos en los Estados Unidos, y en algunas colonias británicas durante el s. XIX, como Australia o Canadá<sup>268</sup>. Lo mismo puede decirse respecto a otros grupos de personas, como prostitutas, alcohólicos, vagabundos, enfermos y otros extranjeros considerados indeseables<sup>269</sup>. Volveremos a este tema en nuestro cuarto capítulo, donde nos referiremos a si este “pecado original” deslegitima o no el ejercicio del control migratorio en la actualidad.

El surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos forzó a los Estados a cesar paulatinamente en las exclusiones discriminatorias, sin embargo, ello no significó eliminar del todo

---

<sup>266</sup> En el caso de la Convención Internacional para la protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, instrumento internacional específico del Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos en materia de migración, al año 2020 había sido suscrito por 55 países, todos de América Latina, África, Asia y algunos países de la región de los Balcanes. Ninguno de los principales destinos de migración lo ha hecho, incluyendo a Estados Unidos, Canadá, Australia y los países de la Unión Europea. Habiéndose firmado en el año 1990, apenas el año 2003 reunió la cantidad mínima de ratificaciones para entrar en vigencia.

<sup>267</sup> FINE, 2019, p. 129. “La raza, el racismo y la discriminación étnica están integrados en la historia de la migración, en las respuestas públicas a los inmigrantes, en el aparato de control de inmigración y en los flujos migratorios. Y esto no es sólo un hecho histórico lamentable; sigue siendo cierto, incluso generalizado”, FINE, 2019, p. 131 (traducción propia).

<sup>268</sup> “Hasta los años 60’, Canadá y Australia practicaron una política de inmigración selectiva basada en las características étnicas de los inmigrantes: las políticas del *White Canada* y *White Australia*. Esta situación cambia a mediados de la década, cuando se elimina el sistema de cuotas basado en orígenes nacionales, y se adopta como criterio principal el parentesco y la cualificación profesional”. LÓPEZ SALA, 2005, p. 42.

<sup>269</sup> El primer antecedente comparado en esta línea lo encontramos en Estados Unidos, donde la *Immigration Act* de 1917 institucionalizó la exclusión de migrantes considerados “indeseables”, entre los que se encontraban dementes, epilépticos, pacientes de tuberculosis, además de vagabundos, alcohólicos o prostitutas.

este tipo de prácticas. Por un lado, la nacionalidad sigue siendo hasta nuestros días un criterio que habilita a los Estados a un trato diferenciado en algunas materias, siendo el control ejercido sobre la circulación y residencia un ejemplo paradigmático. Lo mismo puede decirse respecto de la titularidad de algunos derechos y el acceso a prestaciones sociales. Se trata probablemente del último criterio o “categoría sospechosa” que permite hacer diferencias que en otros casos no serían consideradas aceptables. Por otro lado, y aunque las leyes de inmigración no lo contemplen, las prácticas de policías y funcionarios aplicando estas leyes son en muchos casos discriminatorias con colectivos especialmente vulnerables. Las redadas y arrestos con fines de deportación suelen tener un sesgo racista en muchos países, respecto a la población latina en Estados Unidos, por ejemplo, o a la población haitiana en Chile. El trato a migrantes privados de libertad en centros de detención en el Reino Unido también evidencia comportamientos racistas que parecen tener un alcance que se extiende a todo el sistema de control migratorio<sup>270</sup>.

En relación a la arbitrariedad con que con frecuencia se ejerce el control migratorio, esta es producto del muchas veces excesivo margen de actuación que las leyes de inmigración conceden a los funcionarios llamados a aplicarla, al habilitarlos para atribuir el sentido y alcance de un elevado número de expresiones con contenido altamente indeterminado, o sencillamente al entregar a su particular criterio la toma de decisiones acerca del ingreso al país o de la concesión de un visado o permiso de residencia. Aunque a la autoridad migratoria de la mayoría de los países se le concede un margen amplio de discrecionalidad para poder aplicar con flexibilidad la normativa, atendiendo a las particulares características de cada caso, en muchos casos ésta se ejerce de modo abusivo, degenerando en arbitrariedad.

Se trata nuevamente de casos en los cuales la exigencia de una justificación adecuada y razonable para actos emanados de la autoridad no resulta aplicable cuando los destinatarios son personas migrantes. La cuestión se agrava si consideramos que, además, los inmigrantes están privados de un acceso adecuado a mecanismos de tutela administrativa y jurisdiccional de sus derechos, que como cualquier otro administrado vulnerado por un acto de autoridad, tienen derecho a ejercer<sup>271</sup>. En consecuencia, puede decirse que la discriminación y arbitrariedad han sido, y siguen siendo, vicios estructurales de las políticas de control a la inmigración, constituyendo rasgos

---

<sup>270</sup> FINE, 2019, p. 132.

<sup>271</sup> “No sería posible ningún tratamiento desigual y desfavorable hacia las personas extranjeras que afecte la publicidad de las normas, el principio de contradicción, audiencia al interesado o indefensión y motivación de las resoluciones (...)”. AÑÓN ROIG, 2006b, p. 7.

definitorios de las leyes migratorias, y mucho más de las prácticas a través de las cuales dichas leyes son aplicadas por policías y funcionarios. Este cuestionable escenario parece enviar un mensaje a los nacionales de los Estados: “está justificada la discriminación en el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales de los inmigrantes, de acuerdo con su condición de sujetos de segundo orden (...)”<sup>272</sup>.

#### **4. La ley migratoria como ‘estatuto de excepción’ aplicable a los extranjeros**

Una tercera cuestión, y que probablemente refleja más claramente el modo en que los Estados regulan el fenómeno migratorio en su derecho interno, dice relación con el carácter de “estatuto de excepción” que hasta hoy identifica a las leyes de inmigración en muchos países. En materia migratoria, el Derecho suele ir desfasado o retrasado con respecto a una realidad social que es mucho más evolutiva (lo que suele catalogarse con la expresión *migration gap* o “desfase migratorio”<sup>273</sup>). No es fácil adecuar con fluidez las normas jurídicas a los cambios sociales, que a este respecto suelen ser, además, poco predecibles. Por este motivo, dicho desfase es comprensible, y puede combatirse a través de la consagración de instrumentos que, en el marco del Estado constitucional, ofrezcan a los gobiernos un relativo margen de acción que les permita enfrentarlo.

No obstante, no resulta igualmente comprensible la existencia de un desfase, o un divorcio, entre las reglas y principios aplicables a los nacionales, y aquellas que, en la práctica, se aplican a muchos extranjeros. Muchas democracias constitucionales avanzadas suelen “suspender a su antojo y sin necesidad de justificación algunas garantías jurídicas básicas, en una exhibición que difícilmente se puede permitir en otros ámbitos”<sup>274</sup>. Es, por ejemplo, el caso de las privaciones de libertad a migrantes por la comisión de infracciones de naturaleza administrativa, al margen de las garantías que asisten a cualquier persona detenida en el contexto de la comisión de un ilícito penal<sup>275</sup>.

Lo mismo puede decirse respecto a la denegación de justicia que supone privar o entorpecer el acceso de las personas migrantes a la asistencia jurídica gratuita o a recursos administrativos o judiciales que les permitan impugnar actos de autoridad que lesionan sus derechos fundamentales.

---

<sup>272</sup> DE LUCAS, 2002, p. 64.

<sup>273</sup> WITHOL DE WENDEN, 2013, p. 27.

<sup>274</sup> VELASCO, 2016, p. 95.

<sup>275</sup> Esta es una cuestión que nos ocupará especialmente en nuestro quinto capítulo, donde revisaremos la institución de la “detención migratoria”, y la forma en que esta ha operado en algunas leyes migratorias comparadas. Particularmente, abordaremos la necesidad de un control judicial robusto y efectivo durante la aplicación de esta medida que debiese ser excepcional en el ejercicio de las tareas propias de la autoridad migratoria administrativa.

Es también el caso de las limitaciones a la libertad de trabajo propias de las leyes de inmigración, que exigen autorización previa a las personas migrantes para desarrollar actividades remuneradas, y dentro de un tiempo determinado. De igual manera, la discriminación por origen nacional, racial o económica sigue presente en las leyes y prácticas migratorias de los Estados, de un modo que difícilmente podría sostenerse en otras circunstancias, tal como revisamos en la sección anterior.

Esta situación ha sido abordada por la destacada jurista francesa Danièle Lochak, quien plantea que, en la mayoría de los países, el estatuto jurídico de las personas migrantes adopta rasgos de excepcionalidad tales, que colocan a estas personas al margen de las reglas básicas del Estado de Derecho aplicadas a los nacionales. De esta manera, la construcción del derecho migratorio acaba siendo la construcción de un estatuto jurídico especial, aplicable a sujetos especiales (los inmigrantes), a quienes se excluye en muchos aspectos de la vigencia plena de la juridicidad, particularmente en lo relativo al respeto y garantía de sus derechos fundamentales. Este estatuto jurídico es, para Lochak, un auténtico “estado de excepción permanente”<sup>276</sup>.

A través de la metáfora del “archipiélago”, el sociólogo polaco Zygmunt Bauman ha dado cuenta del mismo fenómeno. En la práctica, existe un conjunto de espacios que escapan de la soberanía territorial de los Estados y que se encuentran regidos por un estado permanente de excepcionalidad, formando un “archipiélago” de excepciones jurídicas<sup>277</sup>. Es decir, espacios de extraterritorialidad dentro del propio territorio estatal, teniendo a los campos de refugiados y los barrios de inmigrantes como ejemplos paradigmáticos. De esta manera, los inmigrantes viven en un estado de suspensión del orden jurídico, ausencia de ley, desigualdad y exclusión social, que hace posible que pierdan su condición de ciudadanos, de seres políticos y su identidad<sup>278</sup>.

En lo que a las personas migrantes respecta, un espacio de “excepcionalidad” por excelencia es el de las fronteras. Se trata de un contexto en que “asistimos, casi con resignada naturalidad, a la vulneración flagrante de derechos humanos reivindicados por los instrumentos internacionales”<sup>279</sup>. Los Estados parecen entender que las fronteras internacionales “son zonas de exclusión o

---

<sup>276</sup> LOCHAK, 2007.

<sup>277</sup> Cuando Lochak y Bauman usan la expresión “excepción” para dar cuenta de esta situación, están haciendo referencia a una auténtica situación de excepcionalidad, y no de cancelación o suspensión de derechos. Es decir, que operan en un contexto de normalidad y no de una cancelación o suspensión de derechos que procede en circunstancias extraordinarias. Una revisión de las dificultades teóricas para definir el concepto de excepción, y distinguirlo de los conceptos de cancelación o suspensión de derechos de acuerdo a lo anteriormente señalado puede encontrarse en ANDRADE MORENO, 2018.

<sup>278</sup> BAUMAN, 2008.

<sup>279</sup> SOLANES CORELLA, 2017, p. 196.

excepción de las obligaciones internacionales”<sup>280</sup>, es decir, sitios no alcanzados por la vigencia del Estado constitucional democrático. Lugares donde existe una clara excepción a la vigencia de la juridicidad, por ejemplo, cuando se imponen trabas a la consideración de los menores como tales, se dificulta deliberadamente la identificación de personas víctimas de trata para evitar que sean reconducidas a la normativa que les protege, o se ofrece un trato lesivo a las personas migrantes detenidas en centros de internamiento<sup>281</sup>.

No resulta demasiado complejo plantear que quienes tienen una existencia sedentaria gozan de mayores derechos que aquellos que requieren moverse<sup>282</sup>. En muchos países existen diferencias significativas en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de nacionales y extranjeros. Los derechos políticos son un caso paradigmático. Pero lo mismo ocurre con derechos económicos, sociales y culturales tales como el derecho a la atención de salud, a la educación o a una vivienda digna. Incluso con derechos civiles básicos como el derecho a la defensa jurídica o a un debido proceso. En todos estos casos, la diferencia de trato, restricción o lisa y llana suspensión de derechos fundamentales no se da ya solo en la práctica, “sino que también conforme a la literalidad de la ley”<sup>283</sup>, de modo tal que las leyes de inmigración están en muchos aspectos marginadas del imperio de las reglas fundamentales de un Estado constitucional.

La ley migratoria convierte, en muchos casos, en regla la excepción, apostando los Estados por una lógica específica y permanente en relación con un sector determinado de la población: los inmigrantes, y con especial fuerza respecto de aquellos que se encuentran en situación de irregularidad<sup>284</sup>. De esta manera, se ha construido en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, una categoría de sujetos de derecho con un estatus jurídico particularmente precario, de modo tal que el trato discriminatorio, opresivo, estigmatizador y criminalizador adopte un marco formal de juridicidad. Este estatuto jurídico ofrece a los inmigrantes garantías muy diferentes de las que goza el sujeto de derechos estándar. Ellas contribuyen a la situación de precariedad, inseguridad y desigualdad que enfrenta este colectivo al interior de las sociedades de acogida, al relativizar a su respecto la aplicación del principio de *favor libertatis* y someterlos a la actividad administrativa, muchas veces al margen de la tutela jurisdiccional de sus derechos<sup>285</sup>.

---

<sup>280</sup> SOLANES CORELLA, 2016, p. 157.

<sup>281</sup> SOLANES CORELLA, 2016, p. 171.

<sup>282</sup> WITHOL DE WENDEN, 2013, p. 11.

<sup>283</sup> BAUMAN, 2017, p. 19.

<sup>284</sup> DE LUCAS, 2016a, pp. 25-26.

<sup>285</sup> DE LUCAS, 2011, p. 7.



Es lo que sucede con aquello que ha venido en denominarse “derecho administrativo del enemigo” (para dar cuenta del aterrizaje que tiene la formulación teórica del ‘derecho penal del enemigo’ en lo que a materias como el derecho de extranjería respecta)<sup>286</sup>. Existen varios ejemplos en las leyes de inmigración y en las prácticas de los agentes estatales con competencia en dicha materia que dan cuenta de un adelantamiento de la punibilidad, desproporcionalidad en la adopción de medidas o supresión de las garantías procesales a las personas migrantes por el solo hecho de considerárseles individuos indeseables o derechamente peligrosos<sup>287</sup>. En lo que a las personas migrantes respecta, hay muchos casos en los que se convierte en regla aquello que debiera ser una normativa de carácter excepcional<sup>288</sup>. Piénsese en la detención migratoria (por ejemplo, en Centros de Internamiento de Extranjeros), las identificaciones por perfil racial o étnico realizadas por fuerzas y cuerpos de seguridad, o las devoluciones sumarias o “en caliente” en la frontera<sup>289</sup>.

De esta manera, las personas migrantes en general, y los migrantes irregulares en particular, acaban siendo a los ojos del ordenamiento jurídico “sujetos precarios, vulnerables y sustituibles”<sup>290</sup>. En definitiva, se trata de una construcción jurídica del inmigrante como “infra sujeto”, “infra ciudadano” o “extramuros de la ley”, al negársele el reconocimiento y garantía de los derechos básicos que su sola calidad de individuo de la especie humana debiese significar<sup>291</sup>. Más sorprendente aún es que esta clase de planteamientos sean adoptadas incluso de tribunales internacionales, como es el caso del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos al formular la “insólita”<sup>292</sup> tesis de acuerdo con la cual, una persona migrante que ha cometido una infracción

---

<sup>286</sup> Por ejemplo: SOLANES CORELLA, 2020a.

<sup>287</sup> La tesis del “derecho penal del enemigo” ha sido propuesta por el jurista alemán Günther Jakobs, y ella consiste en plantear que no siempre el castigo se produce por la comisión de un hecho constitutivo de delito, sino que también se produce por consideraciones que más tienen que ver con el sujeto en cuestión, considerado “un enemigo”, peligroso, alguien que “por principio se conduce de un modo desviado”, en contraposición al ciudadano, aquella persona que “actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”. JAKOBS, 2003.

<sup>288</sup> SOLANES CORELLA, 2020a, p. 806.

<sup>289</sup> SOLANES CORELLA, 2020a, p. 807, 808, 810, 812. “(...) los CIEs siempre han sido y son zonas de suspensión del Derecho con una falta de transparencia, como el género al que pertenecen, dentro de los centros de retención que han proliferado en la Unión Europea. Los CIEs se han caracterizado por una marcada ausencia de garantías de los derechos dejando un amplio campo de actuación a la discrecionalidad, cuando no arbitrariedad de los poderes públicos” (p. 808). Igualmente, las devoluciones en caliente son una manifestación de prácticas estatales que colocan a las personas migrantes bajo un ‘estado de excepcionalidad’ permanente. Son una práctica, realizada en Ceuta y Melilla, así como desde islotes sujetos a la soberanía del Estado español, que hace referencia a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y consiste en la entrega a las autoridades marroquíes, por vía de hecho, de personas extranjeras que han sido interceptadas, sin seguir el procedimiento establecido normativamente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas (p. 812).

<sup>290</sup> DE LUCAS, 2016a, p. 22.

<sup>291</sup> DE LUCAS, 2004, p. 205; DE LUCAS, 2015, pp. 39-40.

<sup>292</sup> DE LUCAS, 2020, p. 88.

administrativa en el contexto de su ingreso al territorio de un país no puede estar amparada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>293</sup>. ¿Significa ello que, si se infringe una norma, se renuncia a las garantías jurídicas? La respuesta es, por supuesto, negativa pues los principios que inspiran a los Estados contemporáneos demandan precisamente lo contrario<sup>294</sup>.

Hay quienes plantean que la ley migratoria constituye en la mayoría de los Estados receptores de inmigración, un espacio de “infra derecho”, de “no derecho”, un “limbo jurídico” que institucionaliza un estado de excepción permanente<sup>295</sup>. Así las cosas, se sostiene que “la ilegalidad ha llegado a ser la representación contemporánea y duradera del migrante en todo el planeta”<sup>296</sup>. Y no solo aquello, si se considera, además, que en muchos países el acceso a la nacionalidad por parte de los migrantes exige sortear importantes obstáculos, nos encontramos con una condición de extranjería también “permanente”, lo que no es solo incompatible con una comprensión liberal-democrática de la comunidad humana; también es una violación de derechos humanos fundamentales<sup>297</sup>.

## V. Conclusiones

El fenómeno de la movilidad humana internacional, por sus propias características e implicancias políticas, económicas, sociales y culturales ha concitado el interés de los Estados, que han resuelto abordarlo a través de políticas públicas sectoriales o intersectoriales conocidas como “políticas migratorias”. Aunque estas han sido tradicionalmente asociadas de manera exclusiva al control de la inmigración (aquello que autores como Hammar denominan “*Immigration Policy*”, para distinguirla de la “*Immigrant Policy*”), lo cierto es que una verdadera política migratoria es el producto de una sinergia de elementos que incluyen también, y a lo menos, las políticas internacionales de diálogo y colaboración entre países de origen, tránsito y destino, las políticas de integración y las políticas de nacionalidad.

No obstante ser un elemento más de toda política migratoria, y la dimensión menos amigable y más coactiva a través de la cual los Estados se aproximan a la movilidad humana y las personas migrantes, lo cierto es que las políticas de control juegan un papel fundamental en la gestión estatal de las migraciones internacionales. No puede decirse que exista política migratoria sin control, ni

---

<sup>293</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Asunto N.D. y N.T. v. España, 2020, párrafo 155.

<sup>294</sup> SOLANES CORELLA, 2022, p. 27.

<sup>295</sup> DE LUCAS, 2015.

<sup>296</sup> WITHOL DE WENDEN, 2013, p. 65.

<sup>297</sup> BENHABIB, 2004, p. 15.

que este sea un elemento más o un simple enfoque con que los Estados abordan este fenómeno. Los Estados tienen un legítimo interés en gestionar los desplazamientos de población desde y hacia su territorio, y el control resulta fundamental para ofrecer respuesta a una serie de desafíos que involucra el mundo globalizado, y que además tienen un impacto decisivo en las condiciones en que se materializa el proyecto migratorio de una persona. Ahora bien, está claro que (como revisaremos en el próximo capítulo) esta actividad estatal debe ajustarse a un conjunto de exigencias que no pueden subordinarse a otros intereses, por muy legítimos que parezcan considerados *in abstracto*.

El control migratorio es aquella potestad pública en virtud de la cual un Estado (i) regula el desplazamiento de personas migrantes hacia su territorio y su permanencia en él, estableciendo condiciones y exigencias para su ingreso, residencia y salida del país, y (ii) verifica, inspecciona, examina, que dichas regulaciones sean cumplidas por las personas migrantes a efectos de autorizar su ingreso o permanencia en el país, o bien, adoptar las medidas tendientes a conseguir su abandono voluntario o forzado de éste. Se trata, por tanto, de una potestad que se ejerce en distintos niveles de la actividad institucional de un Estado (constitucional, legislativo, reglamentario, administrativo, jurisdiccional), y en distintos momentos de lo que podemos denominar el “proyecto migratorio” de una persona (el ingreso, la permanencia temporal, la residencia definitiva, el egreso voluntario o forzoso).

El desafío que significa el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración en el mundo contemporáneo ha sido abordado de manera diferente por los Estados receptores. Por un lado, dando pie a un conjunto de modelos de política migratoria, es decir, formulaciones teóricas que desde los estudios migratorios se han desarrollado para describir una serie de rasgos definitorios compartidos por un conjunto de países y que componen una determinada forma de aproximarse a la inmigración. Por otro, el hecho de que dentro de cada uno de estos modelos surjan políticas que pueden ser calificadas derechamente de “ambivalentes, cambiantes, contradictorias y ancladas en el control migratorio”, puede explicarse por la existencia de diferentes enfoques de política migratoria, es decir, diversas aproximaciones, paradigmas, miradas o énfasis con los que se ha abordado el fenómeno migratorio tradicionalmente y hasta nuestros días.

Pese a estas diferencias, lo cierto es que la mayor parte de los Estados en el mundo actual se organizan bajo una determinada fórmula de organización política y jurídica, que es el Estado

constitucional democrático o democracia constitucional, cuestión que no resulta anecdótica o superflua. Al contrario, considerar el modelo estatal dentro del cual se diseñan e implementan las políticas de control a la inmigración tiene una enorme relevancia a la hora de comprender los enormes desafíos que involucra esta tarea para los Estados contemporáneos. Tal y como plantea Hampshire, “el Estado *importa* cuando se trata de comprender la inmigración”<sup>298</sup>, y los rasgos clave del modelo de Estado constitucional democrático han de aterrizar en los distintos niveles en los cuales se despliega el ejercicio del control a la inmigración. De esta manera, no puede existir política migratoria al margen de las exigencias derivadas del principio de juridicidad, de la vigencia de un régimen democrático y del respeto y garantía de los derechos humanos, consagrados tanto a nivel interno como en instrumentos internacionales sobre la materia.

Sin embargo, en la práctica los Estados receptores de inmigración suelen apartarse de aquello que dicen declarar al adscribir orgullosamente a la fórmula constitucional democrática, pues sus políticas de control, siguiendo a De Lucas, son el producto de una visión “sectorial, unilateral, instrumental y cortoplacista”, que acaba por significar un retroceso o una erosión a los principios básicos de un Estado constitucional. No todas las personas tienen igualdad de oportunidades para emprender un proyecto migratorio, por razones que van incluso más allá de la posibilidad de contar con los medios materiales suficientes para solventar los gastos derivados de un costoso viaje. Las discriminaciones raciales, étnicas, religiosas, socioeconómicas y de género, por mencionar apenas algunas, siguen estando presentes en las leyes de inmigración o en las prácticas policiales o de las autoridades migratorias. Y, tal vez, lo que más atenta contra los principios básicos del Estado constitucional democrático, es que el estatuto jurídico de las personas migrantes adopta rasgos de excepcionalidad tales, que colocan a estas personas al margen de las reglas básicas aplicadas a los nacionales, cuestión que les excluye en muchos aspectos de la vigencia plena de la juridicidad, particularmente en lo relativo al respeto y garantía de sus derechos humanos.

Frente a este desalentador escenario, resulta fundamental profundizar en el impacto que la adopción de la fórmula de Estado constitucional democrática debiese tener a la hora de ejercer potestades estatales tales como el control del ingreso, el control de la residencia temporal o permanente, o medidas tan gravosas como la expulsión del país. Como mencionamos en su oportunidad, el control es una pieza clave de cualquier política migratoria y un elemento sin el cual es imposible abordar adecuadamente los desafíos que involucra el fenómeno de la movilidad

---

<sup>298</sup> HAMPSHIRE, 2013, p. 2. La cursiva es del autor.

humana en un contexto mundial globalizado. Sin embargo, el ejercicio del control a la inmigración se encuentra subordinado al principio de juridicidad y la plena vigencia de los derechos humanos, tal y como lo está el ejercicio de cualquier otra potestad estatal. La condición migrante no justifica un tratamiento que sustraiga o excluya a estas personas de un tratamiento acorde a cualquier Estado constitucional democrático. Resulta fundamental dar cuenta de cada de los pilares en que ha de descansar un control migratorio democrático y liberal, comenzando por las exigencias derivadas del orden internacional, el que ocupará las siguientes páginas.

## Capítulo II

### EL DERECHO HUMANO A MIGRAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL

#### I. Introducción

El primer pilar sobre el cual descansa el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración en el Estado constitucional democrático es el orden jurídico internacional. Y es que uno de los rasgos más característicos del constitucionalismo contemporáneo es el rol que en ellos asume el derecho internacional, no solo reconociéndole valor a nivel interno, sino que además impactando su contenido directamente en las decisiones de órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Esto ha significado que tanto la configuración jurídica de las potestades de control ejercidas sobre la movilidad humana, como las decisiones de órganos aplicadores del derecho se circunscriban siempre dentro de aquel marco construido a partir del derecho de los tratados y el derecho internacional consuetudinario, aunque considerando también la jurisprudencia internacional, la doctrina y el *soft law*<sup>299</sup>.

El modelo de Estado constitucional democrático sintoniza muy claramente con una determinada concepción de los derechos humanos (una concepción “colaborativa”, según el planteamiento de Iglesias Vila) para la cual éstos constituyen exigencias mínimas de justicia y de inclusión de todas las personas en un orden global, que trasciende a la protección doméstica que durante mucho tiempo los Estados solo ofrecían a sus ciudadanos. En la medida que los derechos humanos demandan a los Estados tratar a todas las personas como sujetos de derecho, no solo en el orden interno, sino que “en un contexto asociativo tan amplio como es la humanidad en su conjunto”<sup>300</sup>, el orden internacional juega un papel fundamental en el modo en que se aborda el tratamiento jurídico de la inmigración.

En este contexto, el presente capítulo tiene por objeto central dar cuenta del modo en que el derecho internacional migratorio constituye hoy un pilar insoslayable para los Estados cuando se

---

<sup>299</sup> Ahora bien, no siempre los órganos aplicadores del derecho atienden y/o invocan a los estándares internacionales para fundar sus decisiones. En el caso chileno, por ejemplo, y tal como advierte Díaz Tolosa, de un total de 530 sentencias analizadas en el periodo 2008-2018, solo 9 de ellas aluden al estándar interamericano (7 expresamente a la CADH, 2 implícitamente refiriendo al derecho internacional en general sin mencionar un tratado en particular), lo que equivale a un 1,7% del total de la muestra y a un 3% de los amparos acogidos. DÍAZ TOLOSA, 2020, pp. 342-343.

<sup>300</sup> IGLESIAS VILA, 2016, p. 129.

trata del diseño y la implementación de sus políticas de control a la inmigración. El marco jurídico internacional es la primera columna de un control migratorio liberal y democrático. Particularmente, el conjunto de estándares que permiten afirmar hoy que las migraciones y las dinámicas que en su contexto se producen son un aspecto de la condición humana merecedor de la protección que los derechos humanos proporcionan.

En efecto, la primera hipótesis que aquí plantearemos es que existen buenas razones para afirmar que el derecho internacional contemporáneo reconoce y protege, de maneras más o menos directas, un derecho humano a migrar. Esto puede significar dos cosas. La primera es que el derecho internacional ampara, protege, salvaguarda la condición de quien migra frente a los abusos, discriminaciones y arbitrariedades de los Estados de origen, tránsito y destino del proyecto migratorio (un derecho a migrar “en sentido débil”). La segunda es que el derecho internacional reconoce y garantiza un derecho de libertad de circulación internacional en tres dimensiones: emigración, inmigración y retorno (un derecho a migrar “en sentido fuerte”). Veremos que, aunque no existen reparos para sostener esto cuando se trata de emigración y retorno, ha existido tradicionalmente una fuerte resistencia, que se prolonga hasta nuestros días, cuando se trata de hablar de un derecho a inmigrar.

En muchos casos, dicha resistencia se ha alimentado de “lógicas desfasadas e irrazonables de la soberanía estatal”<sup>301</sup>, de expectativas impracticables de un mundo con fronteras abiertas, y, como veremos, igualmente de la tergiversación. Esta última ha sido utilizada para desechar la existencia de un derecho humano a inmigrar sin involucrarse en una discusión de fondo y aterrizada al estado actual de desarrollo del derecho internacional. Desmontar los cimientos que impiden abordar con rigurosidad este debate nos llevará a plantear una lectura crítica de la discusión tal y como se ha desarrollado hasta ahora, e igualmente a sugerir estrategias diferentes a las utilizadas, y a desarrollar los potenciales alcances y consecuencias del reconocimiento y protección de un derecho humano a ser migrante.

La segunda hipótesis que aquí plantearemos es que en el derecho internacional contemporáneo no tiene sentido seguir definiendo la competencia estatal sobre el control de la inmigración (como en muchas ocasiones se insiste en afirmar) como un “enclave de soberanía plena” de los Estados. El desarrollo y la consolidación del derecho internacional migratorio como marco jurídico da cuenta del tránsito hacia una aproximación contemporánea que refleja más fielmente los alcances

---

<sup>301</sup> CERIANI CERNADAS, FAVA y MORALES, 2009, p. 170.

y las limitaciones que los Estados constitucionales democráticos enfrentan a la hora de fijar sus políticas de control a la inmigración. Como veremos, no estamos en presencia de competencias discrecionales, sino que, más bien, las competencias estatales sobre el control de la inmigración han pasado a integrar, con mayor o menor intensidad según sea el caso, el ámbito de las competencias regladas por el derecho internacional.

El presente capítulo se estructurará sobre la base de tres secciones. La primera de ellas abordará el reconocimiento internacional de las competencias estatales para el diseño y la implementación de las políticas de control sobre la admisión, el visado de la permanencia y la expulsión de personas migrantes, y el progresivo carácter de competencias regladas que estas poseen, superando el antiguo paradigma de la discrecionalidad plena en esta materia. La segunda y tercera secciones pretenden dar cuenta de la existencia de un derecho humano a migrar, en los dos sentidos que ya hemos adelantado.

Existe un conjunto de estándares sustantivos que el derecho internacional migratorio ha formulado y consolidado en materia de control migratorio, con el correlativo impacto en las legislaciones internas de los Estados constitucionales democráticos. Comenzaremos revisando la cuestión del reconocimiento de un derecho humano a migrar como un derecho a la libre circulación internacional, y especialmente las discusiones que se han desarrollado en lo que respecta a su dimensión más problemática: el derecho a inmigrar. Aquí ofreceremos algunas reflexiones que aspiran a incorporar nuevos elementos a esta discusión, hasta ahora poco considerados. Por último, desarrollaremos sintéticamente los principales estándares específicos que modelan y limitan el control estatal sobre el ingreso y la permanencia de las personas migrantes en sus países de destino, y que dan cuenta de la manera en que el derecho internacional ampara la condición del migrante, y le protege de los abusos a que suelen estar expuestos en su condición de minoría y grupo desaventajado.

## **II. El reconocimiento internacional de las potestades de control migratorio y su alcance**

El punto de partida del planteamiento que desarrollaremos en las páginas que siguen es que, en el derecho contemporáneo, los Estados constitucionales democráticos cuentan con competencias en materia de control de la inmigración. Esto suele considerarse algo evidente, y por lo mismo es que el fundamento jurídico y alcance de dichas competencias no siempre son abordados en los trabajos dedicados al estudio de las migraciones desde un punto de vista jurídico. El reclamo por la autodeterminación política en materia de gestión de la movilidad humana internacional, que nos



ocupará en el cuarto capítulo, no solo ha sido reivindicado con éxito en el plano del pensamiento filosófico político y moral. En realidad, dicho reclamo ha sido más bien una defensa frente a las tesis aperturistas que también expondremos allí.

Lo cierto es que, en los hechos, prácticamente desde la formación misma del Estado moderno se ha considerado como una competencia intrínseca al ejercicio de la soberanía el control sobre la presencia de extranjeros en el territorio. Las transformaciones se han producido, más bien, en lo que al alcance de dichas competencias se refiere, que con la irrupción y consolidación del derecho internacional migratorio han sufrido una progresiva limitación<sup>302</sup>. A continuación, daremos cuenta de este cambio de paradigma entre una aproximación clásica (donde el control a la inmigración era considerado una competencia de carácter enteramente discrecional) y una aproximación contemporánea que reconoce el impacto del orden jurídico internacional en orden a regular, en mayor o menor medida, el ejercicio de dicha competencia en sus distintas dimensiones.

### **1. Aproximación clásica: el control migratorio como competencia estatal discrecional**

La cuestión acerca del alcance de las competencias con que los Estados cuentan para definir sus políticas migratorias había sido abordada tradicionalmente desde una óptica cuya vigencia hoy es cuestionable. El derecho internacional clásico entendió que el tratamiento de los extranjeros era una competencia exclusiva del Estado, un asunto de su política doméstica, y, por lo tanto, una materia cuya regulación debía quedar enteramente entregada al derecho interno<sup>303</sup>. Esta competencia facultaría a los Estados para definir de manera exclusiva cada una de las condiciones para el ingreso y la permanencia de potenciales inmigrantes, de manera enteramente discrecional. Así, por ejemplo, se ha sostenido que los Estados tienen libertad en la orientación general de su política de inmigración, y de allí que algunos Estados sean al respecto más liberales que otros sin que por ello se infrinja el derecho internacional<sup>304</sup>. El derecho internacional se circunscribiría solo a atribuir este asunto a la jurisdicción interna de los Estados, sin reglamentarlo, señalar cortapisas o imponer criterios respecto del ejercicio de estas.

---

<sup>302</sup> Sin perjuicio de ello, se ha planteado que los grandes flujos migratorios de la actualidad (junto con otros fenómenos) han desafiado y debilitado “las señas del concepto clásico de soberanía, reduciendo su potencial legitimador sin que exista una alternativa real diferente al Estado”. La necesidad de reconceptualizar la soberanía supone “no sólo su adecuación a un modelo democrático y constitucional de legitimidad interna sino también a un modelo normativo de actuación exterior (o respecto de los extranjeros en el interior)”. TURÉGANO, 2013, pp. 158-159.

<sup>303</sup> CARRILLO SALCEDO, 1994, p. 265.

<sup>304</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 289.

Dicha aproximación está fundada en que, por una parte, la población y el territorio son considerados como meros objetos sobre los cuales cada Estado proyecta sus competencias. Bajo este supuesto, los atributos de la soberanía territorial permitirían a los Estados ejercer competencias en relación con los extranjeros que se encuentran dentro de sus fronteras o que pretenden cruzarlas. Se considera, por otro lado, que si el derecho internacional reconoce soberanía a los Estados es precisamente para que éstos realicen sus funciones: velar por los intereses generales y permanentes de una comunidad humana asentada sobre un territorio. La justificación y fundamento último de la soberanía residiría en el cumplimiento de tal función, para lo cual el Estado requiere de poderes o competencias<sup>305</sup>, entre las cuales se haya la de controlar la inmigración.

Para el efectivo control del ingreso y la permanencia de ciudadanos extranjeros en su territorio, el derecho internacional ha reconocido a los Estados tres potestades: el derecho de admisión, el derecho de visar o autorizar la permanencia y el derecho de expulsión. Pasaremos revista a cada uno de ellos en su aproximación clásica, la que luego ha de ser matizada con las reflexiones introducidas al referirnos al estado actual de la cuestión, desde una aproximación contemporánea acerca de las competencias estatales en materia de control a la inmigración.

### **1.1 El derecho de admisión**

En el derecho internacional clásico, la admisión de los extranjeros es una competencia que puede ser ejercida discrecionalmente por el Estado receptor<sup>306</sup>. Así se ha sostenido tempranamente por cierta jurisprudencia comparada, la que siguiendo a Emer de Vattel, uno de los padres del derecho internacional moderno, ha sostenido que “cada nación soberana tiene el poder, como inherente a la soberanía y esencial para la autoconservación, de prohibir la entrada de extranjeros dentro de sus dominios, o de admitirlos solo en los casos y condiciones que considere convenientes prescribir”<sup>307</sup>.

En lo que al derecho internacional positivo respecta, existe norma alguna que obligue a admitir a todos los extranjeros que deseen entrar con fines lícitos en el territorio de un Estado<sup>308</sup>, ni es

---

<sup>305</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 287-288.

<sup>306</sup> DIEZ DE VELASCO, 2001, p. 627; PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 230.

<sup>307</sup> En el fallo *Nishimura Ekiu v. United States* (1892), la Suprema Corte de los Estados Unidos expandió la llamada doctrina del poder plenario de los Estados en materia migratoria. Para ello, recurrió a los planteamientos que Vattel había sostenido hace más de un siglo en su influyente obra *Le Droit des Gens* de 1758. Podría decirse que esta fue una de las primeras obras del derecho internacional moderno, y su influencia se extendió más allá del plano puramente académico, sirviendo para la toma de decisiones de políticos y legisladores. VATTEL, 2009, p. 226.

<sup>308</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 289.

tampoco constatable una costumbre internacional que vincule a los Estados en este sentido<sup>309</sup>. Por el contrario, se ha planteado que del solo examen de las leyes de inmigración de múltiples Estados es posible demostrar que en la práctica los Estados permiten y prohíben la entrada de extranjeros a su territorio en virtud de las condiciones que estimen adecuadas<sup>310</sup>. Estas condiciones pueden ser de carácter formal, como la posesión de un pasaporte que acredite su identidad o el ingreso exclusivo por pasos fronterizos habilitados por el Estado<sup>311</sup>, o de carácter sustantivo, como carecer de antecedentes penales, solvencia económica o una condición de salud estimada satisfactoria.

Bajo este paradigma clásico, ningún Estado tendría obligación de admitir a extranjeros en su territorio, por lo que podría permitirles o prohibirles el ingreso en los casos y en virtud de las condiciones que estime convenientes. La “no admisión” consistiría, por tanto, en un derecho soberano del Estado a denegar u oponerse a la entrada de un extranjero a su territorio. De este modo, la exclusión de determinados extranjeros en frontera no sería considerada un ilícito internacional que acarrearía responsabilidad para un Estado<sup>312</sup>. En teoría, esto significaría validar la posibilidad de un completo cierre de las fronteras para el tránsito de extranjeros. Sin embargo, ningún Estado aplica un régimen de fronteras enteramente hermético. Como plantearemos más adelante, la práctica internacional evidencia que ningún Estado se inclina por romper todo intercambio con el extranjero, lo que incluye no solo la movilidad de capitales, sino que también de personas<sup>313</sup>.

## **1.2 El derecho de visar la permanencia**

Además de decidir sobre la admisión, los Estados tienen el derecho de autorizar la permanencia y residencia de extranjeros en su territorio, estableciendo las condiciones y plazos a los que deben sujetarse durante su estancia en el país. Esto es así, en la medida que mientras un extranjero se encuentre dentro del territorio de un Estado, su competencia territorial lo faculta para controlar su permanencia en él. Así lo ha confirmado incluso contemporáneamente la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al sostener que “es una prerrogativa soberana de los Estados la regulación de la presencia de extranjeros en su territorio<sup>314</sup>”.

---

<sup>309</sup> DIEZ DE VELASCO, 2001, p. 289; PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 230.

<sup>310</sup> ODA, 1973, p. 461.

<sup>311</sup> Aunque la práctica de dispensar de la exigencia de pasaporte a los “súbditos” de determinados Estados es más que frecuente y no se considera discriminatoria. PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 230.

<sup>312</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 235.

<sup>313</sup> ODA, 1973, p. 461.

<sup>314</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2006, p. 1.

La práctica internacional demuestra que los Estados hacen diferencias entre extranjeros atendiendo a los motivos que una persona tiene para ingresar al país, sin que aquello sea considerado una conducta que discrimine arbitrariamente. Aquellos extranjeros que lo hacen por razones de turismo, estudios o de reunificación familiar, suelen estar sujetos a condiciones mucho menos estrictas que aquellos que lo hacen por razones laborales, por ejemplo<sup>315</sup>. Del mismo modo, los Estados suelen autorizar por plazos más extensos, o incluso indefinidamente, la permanencia de aquellos extranjeros con determinado arraigo familiar o laboral en el país, a diferencia de aquellos que solo se encuentran en él de manera circunstancial o transitoria.

Si una persona desea ingresar a un Estado para radicarse en él temporal o indefinidamente, éste puede establecer cupos o contingentes, o subordinar la autorización de su permanencia en el país a un contrato de trabajo, por ejemplo. Esta no sería una conducta discriminatoria según el derecho internacional<sup>316</sup>. En ocasiones, los Estados exigen que la persona obtenga el permiso de residencia antes de ingresar al país, a través de alguna sede consular, aunque sea por motivos meramente turísticos. En otras ocasiones, los Estados eximen a los nacionales de determinados Estados de dicha exigencia, frecuentemente por razones de reciprocidad internacional. Todo ello quedaría, en principio, entregado a la discrecionalidad de los Estados en materia de definición de sus políticas migratorias.

### **1.3 El derecho de expulsión**

Una de las competencias de control migratorio cuyo ejercicio los Estados están menos dispuestos a abandonar es la expulsión. Aún en aquellos casos en que, a través de tratados internacionales, los Estados se han vinculado a reconocer el derecho de ingreso y permanencia a nacionales de determinados países, estos se han reservado el derecho de expulsarlos bajo determinadas circunstancias. Para el derecho internacional clásico esta es una de las medidas paradigmáticas derivadas del principio general que asigna a los Estados la competencia para regular sus propias políticas migratorias como atributo de su propia soberanía. No hay norma alguna en el derecho internacional que prohíba a los Estados expulsar a ciudadanos extranjeros de su territorio<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 230.

<sup>316</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 230.

<sup>317</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 231; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2006, p. 1.

A estos efectos resulta igualmente relevante traer a colación el planteamiento de Vattel al respecto, quien sostuvo que “toda nación tiene el derecho a enviarlos a otro lugar (a los extranjeros considerados indeseables), si existen motivos para temer que corrompan los modales de los ciudadanos, que creen disturbios religiosos u ocasionen cualquier otro desorden contrario a la seguridad pública”<sup>318</sup>. Al menos desde entonces, se ha planteado que los Estados tienen el derecho de expulsar, a discreción, a los extranjeros cuya presencia considere “indeseable” en su territorio<sup>319</sup>.

Desde muy temprano en el siglo XX, la jurisprudencia internacional se ha pronunciado acerca de la existencia de un derecho soberano de los Estados a expulsar a extranjeros de su territorio<sup>320</sup>. La Asamblea General<sup>321</sup> y la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas tampoco colocan en duda la existencia de un derecho estatal a expulsar. Al alero de esta última, de hecho, se aprobó el año 2014 un Proyecto de Artículos sobre la Expulsión de Extranjeros cuyo artículo 3 establece que “un Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio”. El Relator Especial de la Comisión, ha planteado que este es un derecho cuya fuente principal es el derecho internacional consuetudinario y que es inherente a la soberanía de los Estados, además de “una consecuencia lógica y necesaria” de la misma<sup>322</sup>.

La expulsión es una institución jurídica reconocida también en el derecho convencional, en la medida que los propios instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, condicionan su ejercicio al respeto de ciertas garantías mínimas de que goza el extranjero afectado por la medida. Es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante también PIDCP), al disponer que todo extranjero que se hallare legalmente en el territorio de un Estado Parte “solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley (...)”<sup>323</sup>. En idénticos términos lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante también CADH)<sup>324</sup>, y con mucho mayor detalle la Convención Internacional

---

<sup>318</sup> VATTEL, 2009, p. 227.

<sup>319</sup> ODA, 1973, p. 462.

<sup>320</sup> Por ejemplo, “(...) Los países pueden diferir en sus métodos y medios a través de los cuales estos propósitos son logrados, pero el derecho (de expulsar) es inherente a todos los poderes soberanos y es uno de los atributos de la soberanía, ya que lo ejerce legítimamente solo en apropiada defensa del país ante un peligro anticipado o actual” (Comisión Mixta de Reclamaciones entre Holanda y Venezuela, Caso Maal, 1 de junio de 1903). Del mismo modo, “(...) El derecho de expulsar extranjeros lo ostenta todo Estado y se deduce de su misma soberanía” (Comisión Mixta de Reclamaciones entre Italia y Venezuela, Caso Boffolo, 1 de junio de 1903).

<sup>321</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 40/144, 1985.

<sup>322</sup> Tercer Informe sobre la Expulsión de Extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, 2007, párrafo 12.

<sup>323</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 13.

<sup>324</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 22.3

sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (en adelante también CTMF)<sup>325</sup>.

A diferencia de lo que sucede con los derechos de admisión y de visado de la permanencia, existe un acuerdo transversal para afirmar que el derecho de expulsión no es un derecho absoluto, pese a que los Estados gozan de un amplio margen de discrecionalidad para ejercerlo, tratándose por lo tanto de una potestad limitada por el derecho internacional<sup>326</sup>. Aquello se plantea considerando que el propio derecho convencional es explícito en esta materia, a diferencia de lo que sucede con el ejercicio de las demás competencias de control migratorio reconocidas por el derecho internacional. Los límites específicos a los que está sujeto el derecho a expulsar serán abordados en la última sección de este capítulo, sin perjuicio de regresar a esta materia en el quinto capítulo, cuando abordemos las dimensiones sustantiva y adjetiva de la exclusión de personas migrantes en el marco de un Estado constitucional democrático.

## **2. Aproximación contemporánea: el control migratorio como competencia estatal reglada**

Como acabamos de revisar, el derecho internacional clásico ha abordado la cuestión del alcance de las competencias estatales en materia de políticas migratorias con una óptica enteramente estatalista. Se plantea que este es un asunto exclusivo de la jurisdicción estatal interna, y que, en consecuencia, puede ser manejado discrecionalmente por cada Estado. No hay dudas que a la luz del derecho internacional vigente los Estados gozan de competencias para controlar el ingreso y la permanencia de ciudadanos extranjeros dentro de sus fronteras. Sin embargo, dichas competencias no son diferentes a otras para las que también los Estados disponen de un “margen de maniobra” considerable.

En el derecho internacional contemporáneo, el diseño y la implementación de las políticas migratorias no se encuentra al margen de la exigencia de respeto pleno de las obligaciones que vinculan a los Estados en el ámbito internacional. De hecho, se ha planteado que, en lo que a la política migratoria respecta, el derecho internacional está “creando guías obligatorias para la voluntad de los Estados naciones soberanos”<sup>327</sup>. Es importante enfatizar esto porque abordado este asunto desde la óptica del derecho internacional clásico, el hecho de que estemos en presencia de

---

<sup>325</sup> Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, 1990, artículo 22.

<sup>326</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 231; NUÑO BALMACEDA, 2014, p. 70.

<sup>327</sup> BENHABIB, 2004, p. 19.

una materia propia de la “jurisdicción interna” de los Estados justifica que se trate de facultades “más laxas” que otras<sup>328</sup>, lo que no es efectivo.

## **2.1 Del *standard minimum* al reconocimiento pleno de derechos a los migrantes**

Una primera cuestión que ha exigido superar algunos aspectos de la aproximación clásica previamente revisada dice relación con que hoy no es posible seguir entendiendo que el tratamiento que los Estados conceden a los extranjeros está exclusivamente limitado por un *standard minimum* de derechos, que asegura el respeto de la vida, integridad física e intereses en el país de acogida, además de determinadas garantías en contra de una detención o trato arbitrario por parte de las autoridades<sup>329</sup>. El marcado carácter “humanista y social”<sup>330</sup> del derecho internacional contemporáneo exige, en cambio, la adopción de un nuevo enfoque: los derechos de los extranjeros no son otros que aquellos que el orden internacional reconoce a todo ser humano, y, por tanto, el trato que han de recibir no es distinto al que un Estado debe dar a cualquier ser humano que se encuentre bajo su jurisdicción, sin importar su nacionalidad<sup>331</sup>.

En efecto, la importancia que el derecho internacional contemporáneo ha otorgado a la persona humana (a través del proceso conocido como “humanización” del mismo) ha exigido que los Estados dejen de considerar al individuo como un mero objeto (“un súbdito”) para comenzar a tratarle como pleno titular de derechos y obligaciones<sup>332</sup>. Por lo tanto, ninguna competencia estatal que regule y limite el ejercicio de libertades individuales (incluyendo, por supuesto, aquellas a través de las cuales se controla la inmigración) puede estar sujeta a estándares menos exigentes en materia de respeto por los derechos humanos.

Esta nueva mirada ha permitido al derecho internacional de los derechos humanos involucrarse en que el diseño y la ejecución de las políticas migratorias sean respetuosas de los compromisos internacionales de los Estados en esta materia. El orden internacional no impide a los Estados definir sus políticas migratorias, pero sí ha restringido su ámbito discrecional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por ejemplo, que aunque el derecho internacional ha concedido históricamente a los Estados una considerable discreción para el control migratorio, ello no significa que tal discreción no deba ejercerse de conformidad con las

---

<sup>328</sup> CERIANI CERNADAS, FAVA y MORALES, 2009, pp. 130-131.

<sup>329</sup> DIEZ DE VELASCO, 2001, p. 517.

<sup>330</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 61.

<sup>331</sup> CARRILLO SALCEDO, 1994, pp. 268-269.

<sup>332</sup> VACAS FERNÁNDEZ, 2017, p. 54.

obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos<sup>333</sup>. A partir de esto es que, como veremos, la jurisprudencia interamericana ha dado pasos interesantes en la reducción del nivel de discrecionalidad estatal en materia migratoria a través del establecimiento de diversos estándares aplicables a la admisión, permanencia y expulsión de extranjeros del territorio de un Estado<sup>334</sup>. Este no ha sido un fenómeno exclusivo del ámbito interamericano, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado también una jurisprudencia en el mismo sentido, como revisaremos más adelante.

## **2.2 El posicionamiento del derecho internacional migratorio como marco de las políticas de control a la inmigración en los Estados contemporáneos**

Una segunda razón por la cual la aproximación clásica al abordaje de esta cuestión no refleja adecuadamente el estado actual del derecho internacional, dice relación con el progresivo desarrollo del derecho internacional migratorio como estatuto jurídico para el abordaje estatal de las migraciones. El establecimiento de un marco internacional vinculante en materia de inmigración es una clara consecuencia del tránsito hacia una aproximación contemporánea al derecho internacional a partir de una aproximación clásica. La progresiva ampliación y profundización de los instrumentos llamados a limitar la discrecionalidad estatal en materia de extranjería, ha significado abandonar la idea clásica según la cual los Estados gozan de plenas competencias para manejar este asunto.

La preocupación de la comunidad internacional por el tratamiento de los Estados al fenómeno de las migraciones internacionales tuvo sus primeros antecedentes en la primera mitad del s. XX. La apatridia, los desplazamientos forzosos producto de conflictos internacionales, la explotación laboral, el tráfico de personas y el comercio de esclavos fueron algunas de las primeras cuestiones que motivaron la adopción de instrumentos internacionales sobre movilidad humana. No obstante, el nuevo orden internacional surgido con la Carta de Naciones Unidas y la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos fue el contexto propicio para la adopción de un mayor número de instrumentos relativos a la protección de quienes migran internacionalmente<sup>335</sup>.

En la actualidad, puede hablarse del derecho internacional migratorio como un estatuto jurídico que, aunque fragmentado, tiene una “riqueza y diversidad (que) probablemente no tengan

---

<sup>333</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Rafael Ferrer-Mazorra y otros v. Estados Unidos de América*, 2001, párrafo 179.

<sup>334</sup> CERIANI CERNADAS, FAVA y MORALES, 2009, p. 131.

<sup>335</sup> PERROUCHOUD, 2012, pp. 1-4.



comparación”<sup>336</sup>. Dichos instrumentos abordan desde lo general o lo particular, diversas dimensiones de la migración tanto a nivel global, regional o bilateral: derechos humanos, derecho laboral, nacionalidad, apatridia, tráfico de migrantes, trata de personas, derecho de mar, seguridad nacional, detenciones, derecho internacional humanitario, derecho de los refugiados, migración y desarrollo, protección diplomática y consular, minorías y derecho internacional comercial<sup>337</sup>.

Entre sus fuentes cabe mencionar en primer lugar el derecho internacional convencional, a partir del cual resulta posible identificar, por lo menos, cuarenta tratados internacionales que abordan no solo instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>338</sup>, sino que también de derecho internacional de los refugiados<sup>339</sup>, derecho internacional laboral<sup>340</sup>, derecho internacional comercial<sup>341</sup>, derecho internacional marítimo y del aire<sup>342</sup>, derecho internacional penal<sup>343</sup>, derecho internacional diplomático y consular<sup>344</sup>, y derecho internacional de la nacionalidad<sup>345</sup>. Ocupa luego

---

<sup>336</sup> PERROUCHOUD, 2012, p. 6.

<sup>337</sup> PERROUCHOUD, 2012, p. 6.

<sup>338</sup> Entre los tratados internacionales de derechos humanos que integran el Derecho Internacional Migratorio se mencionan: la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención de los Derechos del Niño; la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; la Convención para los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas de la Desaparición Forzada. CHETAİL, 2012.

<sup>339</sup> La Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados; el Acuerdo Relativo a los Marineros Refugiados; Protocolo al Acuerdo Relativo a los Marineros Refugiados. CHETAİL, 2012.

<sup>340</sup> El Convenio N° 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzado; el Convenio N° 87 de la OIT sobre Libertad de Asociación y Protección del Derecho a Organizarse; la Convención para la Eliminación de Tráfico de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros; la Convención para la Abolición de la Esclavitud, el Comercio de Esclavos y Otras Prácticas Similares a la Esclavitud; el Convenio N° 105 de la OIT relativo a la Abolición de Trabajo Forzado; el Convenio N° 111 de la OIT relativo a la Discriminación en el Empleo y la Ocupación; el Convenio N° 118 de la OIT sobre Igualdad de Trato entre Nacionales y No Nacionales en la Seguridad Social; el Convenio N° 143 de la OIT sobre Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y Trato de los Trabajadores Migrantes; el Convenio N° 182 de la OIT sobre la Prohibición y Acción Inmediata para la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil. CHETAİL, 2012.

<sup>341</sup> El Acuerdo General de Comercio de Servicios de la OMC. CHETAİL, 2012.

<sup>342</sup> La Convención sobre Aviación Civil Internacional; la Convención para la Facilitación del Tráfico Marítimo Internacional; la Convención Internacional sobre Seguridad de la Vida en el Mar; la Convención Internacional sobre Búsqueda y Rescate Marítimo, la Convención sobre el Derecho del Mar; la Convención Internacional sobre Salvamento. CHETAİL, 2012.

<sup>343</sup> La Convención contra el Crimen Organizado Internacional; el Protocolo para Prevenir, Eliminar y Castigar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños; el Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. CHETAİL, 2012.

<sup>344</sup> La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. CHETAİL, 2012.

<sup>345</sup> El Protocolo relativo a Ciertos Casos de Apatridia; la Convención sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad; el Protocolo Relativo a las Obligaciones Militares en Ciertos Casos de Doble Nacionalidad; Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada; la Convención Relativa al Estatuto de las Personas Apátridas; la Convención para la Reducción de la Apatridia. CHETAİL, 2012.

un sitio de importancia indiscutible el derecho internacional consuetudinario, único vehículo a través del cual resulta posible crear normas verdaderamente internacionales y vinculantes para todos los Estados sin excepción<sup>346</sup>.

Como revisamos con anterioridad, a través de la costumbre internacional no solo se han reconocido a los Estados competencia y potestades para el control de la inmigración. También se han consolidado una serie de estándares que limitan el ejercicio de dichas potestades, los que serán abordados en la última sección de este capítulo. Un ejemplo paradigmático de derecho internacional consuetudinario aplicable a las migraciones es el principio de no devolución (*non refoulement*), que pese a surgir como un principio propio de la protección internacional de los refugiados, hoy ha excedido o rebasado largamente dicho ámbito<sup>347</sup>. Sin duda, también cabe mencionar a este respecto, a los principios generales del derecho internacional y a la jurisprudencia de organismos internacionales.

Mención especial merece el rol que actualmente juega el *soft law* como fuente del derecho internacional migratorio. Este ha cumplido tres importantes funciones. En primer lugar, ha proporcionado evidencia para reconocer costumbre internacional, a través de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, entre las que destaca la Declaración sobre Asilo Territorial de 1967 y la Declaración de 1985 sobre derechos humanos de las personas que no son nacionales de los países en los cuales ellas viven. En segundo lugar, ha servido tanto de complemento como de herramienta interpretativa de tratados internacionales. En el primer sentido han operado las recomendaciones de la OIT que complementan los Convenios aplicables a la situación de las personas migrantes<sup>348</sup> como también los instrumentos adoptados al alero de la Organización Marítima Internacional para abordar las dificultades que surgen de la implementación de la obligación de prestar asistencia a los migrantes en peligro de naufragio<sup>349</sup>. Como herramienta interpretativa destaca la importancia de instrumentos tales como las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos, sobre la situación de los extranjeros con arreglo al PIDCP<sup>350</sup> o

---

<sup>346</sup> CHETAİL, 2012, p. 74.

<sup>347</sup> CHETAİL, 2012, p. 76-77.

<sup>348</sup> Por ejemplo, las Recomendaciones al cumplimiento del Convenio N° 143 de la OIT sobre Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y Trato de los Trabajadores Migrantes.

<sup>349</sup> Entre ellas, las Directrices sobre la asignación de responsabilidades para buscar la resolución exitosa de casos de polizones (1997); las Medidas provisionales para combatir las prácticas inseguras asociadas con la trata o el transporte de migrantes por mar (1998, en su versión revisada), y las Directrices sobre el tratamiento de las personas rescatadas en el mar (2004).

<sup>350</sup> Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 1986.

sobre la libre circulación<sup>351</sup>, como también la recomendación del Comité contra la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial sobre refugiados, desplazados y discriminación contra no nacionales<sup>352</sup>. Por último, instrumentos de *soft law* han jugado un rol fundamental en los intentos por construir un modelo de gobernanza global de las migraciones. Ejemplos de ello son la Declaración de Nueva York de 2016 y el Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular de 2018.

La creciente interdependencia entre Estados que ha significado el desarrollo del derecho internacional migratorio ha ampliado el ámbito de las competencias regladas y reducido el de las competencias discrecionales, dejando atrás el paradigma clásico en virtud del cual la política migratoria era un asunto exclusivo de la jurisdicción interna de los Estados<sup>353</sup>. Tal y como ha sostenido Benhabib, “el trato de los Estados a ciudadanos y residentes dentro de sus fronteras ya no es una prerrogativa libre. Una de las piedras angulares de la soberanía *westfaliana*, a saber, que los Estados disfrutaban de la autoridad última sobre todos los objetos y sujetos dentro de su territorio circunscrito, ha sido deslegitimada a través del derecho internacional”<sup>354</sup>.

Sin intención de involucrarnos con profundidad aquí en un fértil terreno de discusiones teórico-jurídicas, cabe recordar la clásica contraposición entre potestades regladas y discrecionales a la hora de referirse al alcance que tiene el ejercicio de éstas por parte de órganos estatales. En términos generales, “resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones”<sup>355</sup>. De acuerdo con Lifante, se han formulado diversas aproximaciones al concepto de discrecionalidad jurídica<sup>356</sup>, aunque suele plantearse que los poderes discrecionales son poderes “no reglados”, es decir, aquellos que se ejercen en ausencia de regulación.

Aunque se trata de una distinción que ha sido criticada, cuando el derecho internacional clásico se refiere a las competencias propias del control migratorio como “discrecionales”, parece adoptar aquella aproximación que Dworkin denomina “discrecionalidad en sentido fuerte”, para hacer referencia a la ausencia de estándares jurídicos que guíen la toma de decisión, es decir, a la

---

<sup>351</sup> Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad de circulación, 1999.

<sup>352</sup> Observación General N° 22 del Comité sobre la Eliminación de Todas Forma de Discriminación Racial sobre Refugiados y Desplazados, 1996; Observación General N° 30 del Comité sobre la Eliminación de Todas Forma de Discriminación Racial sobre Discriminación contra No Nacionales, 2004.

<sup>353</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 289.

<sup>354</sup> BENHABIB, 2004, p. 20.

<sup>355</sup> LIFANTE, 2002, p. 417.

<sup>356</sup> LIFANTE, 2012, pp. 140-141.

adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico<sup>357</sup>. Hasta hace pocas décadas, efectivamente el orden jurídico internacional no establecía pautas, directivas ni exigencias a los Estados en lo que al diseño e implementación de sus políticas migratorias respecta. Paulatinamente, se han impuesto límites y criterios a los Estados para el ejercicio de las competencias asociadas al control migratorio, que han regulado su ejercicio. Esto hace que sea posible calificarlas como competencias regladas, según se les ha definido en el derecho internacional clásico<sup>358</sup>.

Ahora bien, siguiendo igualmente a Lifante podría también plantearse que la discrecionalidad no del todo vetada en lo que al diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración respecta, siempre y cuando ésta sea entendida en determinado sentido. Esto sería posible si consideramos que los poderes discrecionales son poderes “no reglados” solo en el sentido de que no están regulados por un determinado tipo de normas: las reglas de acción; pero no en el sentido de que no estén regulados jurídicamente<sup>359</sup>. En este sentido, podría decirse que aquello que nos hace caracterizar a un poder como discrecional no es la ausencia de regulación jurídica, sino un tipo de regulación específica consistente en la presencia de normas que han de ser interpretadas como “mandatos de optimización” y que establecen el fin u objetivo que debe perseguir la conducta, optimizando para ello los recursos disponibles para conseguirlo<sup>360</sup>.

### **III. El derecho humano a migrar como un principio general para el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración**

La condición humana es portadora de rasgos contrapuestos y en permanente conflicto que, entre múltiples cuestiones, definen el modo en que las sociedades abordan el fenómeno de la migración. Los seres humanos somos una especie que ha desarrollado un particular instinto de territorialidad, el que nos ha llevado a erigir vallas, muros y fronteras para defender el suelo que habitamos. Sin embargo, simultáneamente somos animales migratorios, para los que dichas vallas, muros y fronteras no representan un obstáculo demasiado significativo si se trata de perseguir la senda de

---

<sup>357</sup> DWORKIN, 2012, pp. 83-87. Sobre este punto plantea Lifante: “Dworkin distingue tres sentidos del término discrecionalidad. Un sentido débil, que hace referencia meramente a que las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento (el funcionario ha de valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad). Un sentido también débil, pero diferente al anterior, según el cual, algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Y, por último, el sentido fuerte que aquí estamos comentando. LIFANTE, 2002, pp. 417-418.

<sup>358</sup> PASTOR RIDRUEJO, 2001, p. 289.

<sup>359</sup> LIFANTE, 2002, p. 429.

<sup>360</sup> LIFANTE, 2012, p. 143.

la libertad y de la prosperidad<sup>361</sup>. De allí que no resulte una extrañeza el que la libre circulación goce desde antiguo de reconocimiento y protección.

En el discurso jurídico, la libre circulación ha formado parte de la realidad *ius* fundamental desde la formación de los primeros catálogos de derechos de finales del s. XVIII. La Constitución francesa de 1791, por ejemplo, consagró “*la liberté d’aller, rester et partir*” como uno de los derechos reconocidos en ella<sup>362</sup>. De igual modo, a través de la llamada *Expatriation Act* de 1868, dictada por el Congreso de los Estados Unidos se estableció: “*the right of expatriation is a natural and inherent right of all people (...)*”<sup>363</sup>. Esto sirvió de antecedente para un posterior reconocimiento de la libertad de movimiento en la gran mayoría de las constituciones liberales, aunque sin una consciencia de su especial importancia en el futuro escenario de las migraciones internacionales<sup>364</sup>. Solo la preocupación internacional por el desgarrador fenómeno del desplazamiento forzado, y el incremento sostenido en los flujos migratorios, supuso prestar una mayor atención al sentido y alcance de este derecho.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es el primer hito internacional que marcó el reconocimiento explícito de la asociación de la libre circulación con el fenómeno de la movilidad internacional, constituyéndose en un pilar fundamental para el desarrollo de este derecho. En términos generales, la DUDH consagra este derecho en términos amplios, como manifestación del consenso alcanzado en el seno de la comunidad internacional para su adopción<sup>365</sup>. Se ha planteado que dicha disposición debe interpretarse más que como un derecho más del catálogo, como un principio de gran importancia política con un contenido complejo que se ha venido desarrollando por tres cuartos de siglo<sup>366</sup>.

En el sistema de derechos humanos de Naciones Unidas el tratamiento a la libre circulación no se ha circunscrito exclusivamente a la DUDH. Al contrario, es posible identificarle también en una multiplicidad de instrumentos internacionales sobre derechos humanos de carácter

---

<sup>361</sup> DE LUCAS, 2016b, p. 93

<sup>362</sup> La libertad de ir, de permanecer, y de partir (traducción propia).

<sup>363</sup> El derecho de expatriarse es un derecho natural, inherente a toda persona, indispensable para el ejercicio del derecho a la vida y a la libertad, así como para la búsqueda del bienestar (traducción propia).

<sup>364</sup> AJA, 2012, p. 349.

<sup>365</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, 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”.

<sup>366</sup> PERROUCHOUD, 2012, p. 129.

convencional, partiendo por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>367</sup>. De igual modo, está también presente en convenciones específicas tales como la Convención sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CTMF)<sup>368</sup>, o la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>369</sup>, por mencionar solo un par<sup>370</sup>. A nivel de instrumentos de carácter regional, la libre circulación es consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>371</sup>, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>372</sup>, y en el Protocolo N° 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>373</sup>.

Todos estos instrumentos coinciden en plantear que el ejercicio de la libre circulación tiene un tratamiento diferenciado entre nacionales y extranjeros. Mientras los nacionales pueden circular

---

<sup>367</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 12: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas 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. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

<sup>368</sup> Convención sobre la protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 1990, artículo 8: “1. Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Ese derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención. 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él”.

<sup>369</sup> Convención sobre los Derechos de Niño, 1990, artículo 10: “(...) 2. (...) los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”.

<sup>370</sup> Está también presente en otros tratados como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1966, artículo 5.

<sup>371</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 22. “Derecho de Circulación y de Residencia. 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 legales. 2. Toda persona 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. (...)”.

<sup>372</sup> Carta Africana de Derechos Humanos, 1981, artículo 12: “1. Todo individuo tendrá derecho a la libertad de tránsito y de residencia dentro de las fronteras de un Estado, siempre que se atenga a la ley. 2. Todo individuo tendrá derecho a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país. Este derecho sólo está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la ley y el orden, la salud pública o la moral (...)”.

<sup>373</sup> Protocolo N° 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1968, artículo 2: “Libertad de circulación. 1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia. 2. Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo. 3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen 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. 4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática”.

libremente y elegir su residencia en el territorio del propio Estado de manera irrestricta<sup>374</sup>, los extranjeros ven como el alcance de la libre circulación se restringe a su respecto, puesto que tanto para ingresar a un Estado distinto al de su propia nacionalidad como para permanecer en él están sujetos a un control por parte de la autoridad. En la mayoría de estos instrumentos internacionales, el derecho a la libre circulación y residencia está explícitamente reconocido solo a aquellos extranjeros que se encuentren “legalmente en el territorio del Estado”.

Como plantearemos en su oportunidad, existen buenas razones para que en ejercicio de su autodeterminación política, un Estado establezca una regulación diferenciada en lo que a la circulación y residencia de los no nacionales en su territorio refiere. No obstante lo anterior, no consideramos que ello excluya *per se* la existencia de lo que aquí denominaremos un “derecho humano a migrar” o un “derecho humano a ser migrante” (lo que algunos autores denominan igualmente *ius migrandi*<sup>375</sup>). Desde el punto de vista de sus fundamentos, suele plantearse que “(...) hay un derecho humano a disfrutar de  $\emptyset$  cuando hay un argumento moral suficientemente fuerte en favor de dar reconocimiento y protección legales especiales al interés humano en tener  $\emptyset$  y, ese reconocimiento y esa protección son factibles desde un punto de vista práctico independientemente de que sean innovadores o continuados”<sup>376</sup>. La justificación moral de un derecho a migrar nos ocupará en el cuarto capítulo de este trabajo, pero adelantaremos desde ya que nos parece que existen buenas razones para ello, que a su vez deben ponderarse con las razones que justifican la existencia misma del control a la inmigración.

En cuanto a lo que el estado actual del derecho internacional migratorio respecta, plantear la existencia de este derecho puede significar dos cosas. La primera (un derecho humano a migrar ‘*en sentido débil*’) es que el orden jurídico internacional ampara, protege, resguarda la condición migrante frente a los potenciales abusos, discriminaciones y arbitrariedades de que puedan ser objeto producto de su pertenencia a una minoría y colectivo especialmente desaventajado al interior

---

<sup>374</sup> Dicho de otro modo, consiste tanto en el libre ir y venir de los ciudadanos como en la posibilidad de establecer su domicilio en un lugar u otro, con la mayor amplitud y de forma transitoria o estable. AJA, 2012, p. 349

<sup>375</sup> Por ejemplo: VITALE, 2006; CHUECA SANCHO y AGUELO NAVARRO, 2013.

<sup>376</sup> PLATTS, 2010, p. 141. Sobre este punto, Song plantea que “el argumento directo a favor del derecho humano a inmigrar depende de demostrar que la inmigración es necesaria para que las personas vivan vidas dignas. Hay pueblos nómadas cuya forma de vida puede requerir el movimiento a través de las fronteras, como los gitanos, los romaníes y los pueblos nómadas de Mongolia, pero estas formas de vida son bastante específicas y no se aplican a la mayoría de la humanidad. Un argumento directo a favor del derecho humano a inmigrar debe basarse en intereses humanos generalizables”. SONG, 2019, p. 95. Oberman, en tanto, argumenta que tenemos un interés general en tener acceso a “la gama completa de opciones de vida existentes”. Por “opciones de vida” se refiere a “opciones que dan sentido y propósito a nuestras vidas: amigos, familiares, asociaciones cívicas, oportunidades expresivas, religiones, trabajos y parejas matrimoniales”. OBERMAN, 2016, p. 35.

de la sociedad. La segunda (un derecho a migrar ‘*en sentido fuerte*’), significa que el derecho internacional reconoce como derecho humano la libertad de circulación y residencia también a nivel internacional tanto en el plano de la emigración (el derecho a salir del territorio de cualquier país), del retorno (el derecho a retornar al propio país), y de una tercera dimensión más problemática y resistida por los Estados y la comunidad internacional: el derecho humano de toda persona a inmigrar, es decir, a ingresar y permanecer en un Estado distinto del de su nacionalidad, con el objeto de establecerse en él. Daremos cuenta de esta segunda manera de abordar la existencia de este derecho humano, en estas tres dimensiones.

Existen autores que han planteado la necesidad de reconocer una cuarta dimensión de este *ius migrandi*: un derecho a no migrar. Aquel supone que los Estados de origen o de residencia garanticen condiciones de vida dignas, y un desarrollo político, económico, social, cultural y ambiental, que evite un éxodo de sus pobladores y asegure que la decisión de migrar sea siempre tomada de manera libre y voluntaria<sup>377</sup>. De esta manera, dicho derecho conectaría directamente con el llamado “derecho al desarrollo”, en su vertiente individual como colectiva<sup>378</sup>, al igual que con el fenómeno del desplazamiento forzado, que sería la manifestación clara de su infracción por parte de los Estados. Aunque la línea entre migración forzosa y voluntaria es difícil de trazar, hemos señalado ya que la condición jurídica de solicitantes de asilo y refugiados excede las reflexiones que aquí desarrollamos, por lo que esta dimensión no será especialmente objeto de nuestra atención.

### **1. Emigración: el derecho humano a salir de cualquier país, incluido el propio**

Emprender un proyecto migratorio supone antes que cualquier otra cosa ser titular del derecho a salir del territorio del Estado en que se ha nacido, o en el que se ha decidido desarrollar un proyecto de vida. En efecto, y como plantea Benhabib, la tradición liberal demanda el que “los ciudadanos no sean prisioneros de sus respectivos Estados”<sup>379</sup>. El derecho a emigrar es el requisito

---

<sup>377</sup> CHUECA SANCHO y AGUELO NAVARRO, 2013, pp. 2-4.

<sup>378</sup> Se trata de un derecho que, en su vertiente individual encontraría consagración en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en que los Estados Parte “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora constante de las condiciones de existencia”, además del “derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”. Su vertiente colectiva, en tanto, puede hallarse en instrumentos tales como ambos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, en sus respectivos artículos 1º, que consagran el derecho de todos los pueblos a su libre determinación, añadiendo que en virtud de dicho derecho “proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”, como también en instrumentos internacionales específicos como la Convención Internacional sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (artículo 3º) o la Convención de Derechos del Niño (artículo 27º). CHUECA SANCHO y AGUELO NAVARRO, 2013, pp. 3-4.

<sup>379</sup> BENHABIB, 2004, pp. 102-103.



previo para cualquier migración, y “el primer derecho de los posibles migrantes”<sup>380</sup>. Su fundamental importancia para el ejercicio de la libre autodeterminación personal ha llevado a caracterizarlo como el “derecho a votar con los pies”<sup>381</sup>, en la medida que constituye el último medio a través del cual un individuo puede expresar su autodeterminación, para escapar de la persecución, buscar una vida mejor o incluso por motivos puramente personales que nada tienen que ver con asuntos políticos o económicos<sup>382</sup>.

El derecho a salir del territorio de un Estado goza de un reconocimiento explícito en el derecho internacional de los derechos humanos y un respaldo transversal de la comunidad internacional, partiendo por su consagración en la DUDH. Esta lo incluye expresamente, al establecer que “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio (...)”<sup>383</sup>. El PIDCP, a su vez, lo consagra en los mismos términos al establecer que “toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio”<sup>384</sup>. La CADH lo hace en idénticos términos que la DUDH, estableciendo que “toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”<sup>385</sup>. De igual modo, la CTMF establece que “los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen”<sup>386</sup>.

Como puede advertirse, el derecho humano a abandonar el territorio de un Estado tiene un sólido fundamento en el derecho de los tratados. Su consagración en el PIDCP vincula al altísimo número de Estados que le ha ratificado<sup>387</sup>. Sin embargo, la evolución de este derecho en el derecho internacional ha madurado de tal manera que hoy puede sostenerse que además tiene el carácter de norma de derecho internacional consuetudinario<sup>388</sup>. En relación con el contenido de este derecho,

---

<sup>380</sup> CHETAIL, 2019, p. 77.

<sup>381</sup> ‘Votar con los pies’ o ‘*foot voting*’ es una expresión utilizada para evidenciar que no solo en una urna electoral (*ballot box*) se manifiestan las preferencias políticas, sino que también a través acciones como emprender un proyecto migratorio. Cuando una persona emigra, decide abandonar un proyecto político que no le agrada o con el que no está de acuerdo, y trasladarse para participar en otro con cuyos principios políticos comulga. Ilya Somin lo ha definido como “una herramienta para mejorar la libertad política: la capacidad de las personas para elegir el régimen político bajo el cual desean vivir”. SOMIN, 2014, p. 83.

<sup>382</sup> CHETAIL, 2019, p. 77.

<sup>383</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, artículo 13.1.

<sup>384</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 12.2.

<sup>385</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 22.2.

<sup>386</sup> Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 1990, artículo 8.

<sup>387</sup> Al mes de julio del año 2022, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido ratificado por 173 Estados. El más reciente de ellos, Antigua y Barbuda, el 3 de julio de 2019, seguido de Fiji, Qatar e Islas Marshall, todos, el año 2018. Información actualizada disponible en el siguiente sitio web: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en)

<sup>388</sup> CHETAIL, 2019, 77. El hecho que la DUDH tenga el carácter de resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, y no de tratado internacional, no obsta a que en la actualidad la gran mayoría de los derechos en ella

cabe señalar que su pleno ejercicio exige cruzar las fronteras del país<sup>389</sup>, lo que incluye la libertad de viajar transitoriamente (por ejemplo, como turista) como la libertad de emigrar permanentemente, determinando el Estado de destino<sup>390</sup>. Dichas libertades no pueden hacerse depender de ningún fin concreto o plazo que el individuo deba cumplir para permanecer fuera del país<sup>391</sup>. El cruce de sus fronteras exige a los Estados el cumplimiento de una obligación negativa y de una obligación positiva. Por una parte, abstenerse de imponer restricciones arbitrarias a la voluntad de una persona de abandonar el territorio en que son competentes, eliminando la exigencia de visado de salida como regla general y exigirlo únicamente en casos excepcionales<sup>392</sup>.

A su vez, exige la emisión de pasaportes y documentos de viaje en un plazo razonable, por lo que supone conceder a las personas el derecho a solicitarlos o reclamarlos. La negativa por parte de las autoridades estatales de emitir estos instrumentos públicos, o retenerlos, supone lesionar el ejercicio de este derecho. Esta exigencia involucra además la eliminación de trabas burocráticas que obstaculizan o impiden el ejercicio del derecho a solicitar pasaportes, entre las cuales se encuentra el cobro de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración, además de demoras injustificadas, ausencia de información o exigencia de certificados innecesarios<sup>393</sup>.

El Comité de Derechos Humanos resolvió que se infringe este derecho cuando un Estado se niega injustificadamente, durante varios años, a expedir un pasaporte<sup>394</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también determinó que el Estado uruguayo había vulnerado este derecho al negarse a renovar el pasaporte de uno de sus nacionales. En este último caso, la Corte determinó que el derecho al pasaporte es “una consecuencia lógica del derecho a salir del país natal y regresar a él” y que su denegación supone para una persona “desposeerlo del documento que hace constar

---

consagrados sean considerados parte de la costumbre internacional, incluyendo el derecho a salir del territorio de un Estado.

<sup>389</sup> DELGADO HINOSTROZA, 2013, p. 58. Se ha planteado que, en la práctica, el ejercicio pleno de este derecho necesariamente exigiría ingresar al territorio de otro Estado. Como veremos más adelante, esta es una cuestión tremendamente problemática considerando que la opinión mayoritaria de la doctrina internacionalista y de los órganos de supervisión y aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos niegan la existencia de un derecho a ingresar al territorio de otro Estado. La opinión alternativa, en tanto, suele sostener su posición en la presunta incompatibilidad lógica del reconocimiento de un derecho humano a salir de cualquier país, y al mismo tiempo desconocer un derecho humano a ingresar y permanecer en algún otro. Desde ya, adelanto que más adelante plantearé una lectura crítica al modo en que se ha llevado a cabo esta discusión.

<sup>390</sup> Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos, 1999, párrafo 8.

<sup>391</sup> Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos, 1999, párrafo 8.

<sup>392</sup> CHETAIL, 2019, p. 81.

<sup>393</sup> Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos, 1999, párrafo 17.

<sup>394</sup> Comité de Derechos Humanos, Sophie Vidal Martins v. Uruguay, 1982.

su nacionalidad, impedirle viajar fuera de su patria, obligarla a que, por fuerza de esa circunstancia, se mantenga dentro del país y sometido a las autoridades que lo constriñen a ello”<sup>395</sup>.

La consagración de este derecho no distingue entre nacionales y extranjeros, ni tampoco hace distinciones relativas al *status* migratorio de los extranjeros que lo ejercen. Esto significa que, en principio, denegar la salida del país a un extranjero en condición migratoria irregular no es compatible con el pleno respeto de este derecho humano. Sin embargo, en la práctica histórica ha quedado en evidencia el interés de una serie de Estados por imponer obstáculos a sus propios nacionales para dejar el país, a diferencia de los extranjeros que han sido generalmente libres de abandonar el territorio de un Estado sin mayores restricciones. Esto se ha presentado con mayor frecuencia en países donde no ha existido un firme respeto por los derechos humanos<sup>396</sup>.

## **2. Retorno: El derecho humano a retornar al propio país**

Una segunda dimensión del reconocimiento internacional de un derecho humano a migrar dice relación con el derecho que tiene toda persona a retornar, es decir, con el que “ningún Estado tiene el derecho de prohibir el reingreso a un expatriado” al territorio de la propia nacionalidad<sup>397</sup>. La interrupción temporal o la conclusión de un proyecto migratorio producto de una experiencia de fracaso o de simple término de este, está protegida a través de la consagración internacional del derecho al retorno.

Aunque el retorno es una realidad menos frecuente que el establecimiento definitivo de un extranjero en otro país, o inclusive que el inicio de un segundo proyecto migratorio hacia un tercer Estado, se ha planteado que este derecho fue originalmente considerado “el único medio realista para fortalecer el derecho a salir del propio país”<sup>398</sup>. Excepcionalmente, este derecho de “retorno” es ejercido con el objeto de ingresar por primera vez al territorio de un Estado, y no para regresar

---

<sup>395</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 2711, Resolución N° 18/83 respecto a Uruguay, 1983.

<sup>396</sup> PERROUCHOUD, 2012, pp. 139 y 141. Aquí se hace referencia al caso de China, cuya legislación de 1985 impone a sus nacionales la obligación de obtener determinados documentos para salir del país, como parte de su primer reconocimiento legal al derecho de los nacionales a salir China. Posterior legislación, de 1995 exime a los nacionales chinos de la exigencia de visas para salir del país, pero de todos modos exigiendo la obtención de otros trámites burocráticos. Desde 2001, el proceso de obtención de pasaporte se ha simplificado, salvo para quienes ejercen alguna función pública, quienes siguen necesitando obtener un permiso especial para la obtención de pasaporte. Se menciona también el caso de los nacionales de Corea del Norte, quienes pese a tener “el derecho a residir y viajar a cualquier lugar” según sus leyes internas, son sancionados penalmente en caso de viajar fuera del país sin un permiso de salida. En la práctica, estos permisos están solo garantizados a un pequeño número de funcionarios, empresarios, artistas, atletas, académicos o autoridades religiosas, privándosele a la mayoría de la población.

<sup>397</sup> BENHABIB, 2004, p. 103.

<sup>398</sup> PERROUCHOUD, 2012, p. 129.

luego de haber salido de él por los motivos que fuere. En efecto, según la legislación de múltiples países un nacional suyo puede haber nacido en el extranjero en virtud del *ius sanguinis*, cuyo primer ingreso al territorio de su Estado es considerado retorno para estos efectos.

Se trata de un derecho que también goza de una consagración explícita en los principales instrumentos internacionales, y de un transversal respaldo de la comunidad internacional. La DUDH establece que “toda persona tiene derecho a (...) regresar a su propio país”<sup>399</sup>. El PIDCP, a su vez, establece que “nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”<sup>400</sup>. La CADH, por su parte, establece que nadie puede ser privado del derecho a ingresar al territorio del Estado del cual es nacional<sup>401</sup>. Convenciones específicas de derechos humanos, como la CTMF, también consagran este derecho, estableciendo que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él”<sup>402</sup>. La CDN establece que los Estados Parte “respetarán el derecho del niño y de sus padres a (...) entrar en su propio país”<sup>403</sup>.

El reconocimiento de este derecho es consecuencia de la valoración de los especiales vínculos que unen a una persona con un país determinado, ya sea producto de su propia nacionalidad o incluso del arraigo alcanzado tras una relación de largo plazo con el país. En efecto, la expresión “propio país” ha sido interpretada en términos amplios por el Comité de Derechos Humanos, atribuyendo así este derecho tanto a apátridas como a extranjeros que mantienen una relación de largo plazo con un Estado<sup>404</sup>. En consecuencia, la titularidad de este derecho no queda exclusivamente restringida a los nacionales, sino que excepcionalmente podrán ejercerlo también ciudadanos extranjeros con arraigo familiar o laboral en éste.

Existe una escasa jurisprudencia internacional que ha involucrado la interpretación y aplicación del derecho. En 1991, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió el primer caso de una persona a la cual se denegó el retorno al país de su propia nacionalidad tras haber sido expulsado de Holanda. Al ingresar a su propio país fue detenido en el aeropuerto, sin orden judicial y sin autorización legal, hallándosele muerto en su celda tres días después. Si bien la Corte condenó

---

<sup>399</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, artículo 13.2.

<sup>400</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 12.4.

<sup>401</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 22.5.

<sup>402</sup> Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 1990, artículo 8.1,

<sup>403</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, artículo 10.2

<sup>404</sup> Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos, 1999, párrafo 19.

a Surinam por la ilegalidad de la detención, no puro acreditarse la responsabilidad del Estado en la muerte de la persona, y tampoco hubo un pronunciamiento acerca de la afectación al derecho humano a retornar al propio país<sup>405</sup>.

El carácter irrestricto del reconocimiento a este derecho ha sido colocado en tela de juicio por algunos Estados que han estudiado la posibilidad de prohibir el retorno de nacionales suyos reclutados como activistas del denominado Estado Islámico, y que en dicha calidad han tenido participación en actos de carácter terrorista y otros crímenes contra la humanidad en Siria e Irak. Una de las medidas que se ha estudiado implementar es el retiro de la nacionalidad a los *yihadistas*. Esta posibilidad ha sido considerada lesiva de compromisos internacionales en materia de derechos humanos, en la medida que se ha estimado contraria al artículo 13 de la DUDH y al artículo 12 del PIDCP, además de los Convenios de lucha contra la Apatridia<sup>406</sup>.

### **3. Inmigración: ¿Un derecho humano a ingresar y permanecer en un país distinto al de la propia nacionalidad?**

Una dimensión mucho más problemática del derecho humano a migrar es la inmigración, es decir, el ingreso y permanencia en el territorio de un Estado distinto al de la propia nacionalidad con el fin de establecerse temporal o indefinidamente en él. En contraste con el transversal respaldo internacional a la existencia de un derecho a salir y retornar, ha existido una fuerte resistencia del discurso dominante a reconocer jurídicamente este tercer elemento de la movilidad humana internacional<sup>407</sup>. Los Estados no han dejado de reclamar discrecionalidad absoluta para el control de sus fronteras<sup>408</sup>, lo que sin duda tensiona con el simultáneo robustecimiento de un conjunto de estándares internacionales para el ejercicio de potestades de control sobre los flujos migratorios.

La interrogante planteada ha sido si a partir de los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos es posible o no identificar el reconocimiento de un derecho a inmigrar. Aclarar los términos de esta interrogante se hace necesario, puesto que existe una serie de instrumentos internacionales específicos que, con un mayor o menor alcance, vinculan a los Estados a admitir en su territorio de extranjeros que desean establecerse temporal o indefinidamente en ellos. En efecto, con independencia de la posición que se adopte respecto a la

---

<sup>405</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gangaram Panday v. Surinam, 1991.

<sup>406</sup> VACAS FERNÁNDEZ, 2017, p. 101.

<sup>407</sup> En lo sucesivo, cuando queramos referirnos al derecho a ingresar y permanecer en el territorio de un Estado distinto al de la propia nacionalidad lo haremos a través de la expresión “derecho a inmigrar”. Cuando queramos referirnos individualmente al ingreso, o a la permanencia, lo plantearémos en dichos términos.

<sup>408</sup> VELASCO, 2016, p. 294.

pregunta antes mencionada, no puede desconocerse el hecho que existen algunos instrumentos internacionales específicos que consagran mecanismos para garantizar la libre circulación de categorías limitadas de extranjeros, reconociéndoles un derecho a inmigrar.

Una de las referencias más frecuentes en este orden de instrumentos dice relación con el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), y su Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas Proveedoras de Servicios (conocido también como “Modo 4”) celebrados al alero de la Organización Mundial del Comercio (OMC) como tratados que, instaurando el movimiento de personas naturales como una de las cuatro formas posibles de suministro internacional de servicios, reconocería un restringido derecho a inmigrar con fines laborales<sup>409</sup>. No obstante, tanto su restringidísimo alcance como el limitado número de acuerdos específicos celebrados entre Estados Parte de la OMC al alero de estos instrumentos, permite sostener que el AGCS no ha conseguido cumplir la promesa de contribuir al intercambio mundial de servicios<sup>410</sup>.

Donde el reconocimiento convencional del derecho a inmigrar para nacionales de determinados países ha tenido un desarrollo más contundente ha sido en los distintos ordenes regionales. A partir de la segunda mitad del s. XX, comenzaron a levantarse en este ámbito muchas de las barreras que impedían el libre tránsito a nivel bilateral como regional, a tal punto que es posible afirmar que hoy, el fenómeno de “regionalización de la libre circulación” es un rasgo estructural del derecho migratorio internacional contemporáneo, y la más importante restricción a la soberanía estatal en materia de admisión<sup>411</sup>. En efecto, cuando se trata del nivel regional (especialmente entre Estados vecinos, con un similar nivel de desarrollo económico), ha existido una mayor predisposición a valorar la libre circulación como una herramienta valiosa para el desarrollo y la integración económica. Ello ha permitido el establecimiento y consolidación de un número importante de áreas regionales de libre circulación en el mundo, las que, no obstante, tienen una desigual distribución

---

<sup>409</sup> Este tratado aborda la presencia de nacionales de un Estado Parte de la OMC en el territorio de otro Estado Parte, con el fin de suministrar un servicio determinado, abriendo un canal para el que los Estados celebren compromisos específicos de movilidad unos con otros, bajo los términos y condiciones especificados en los mismos. Sus disposiciones cubren a categorías limitadas de personas, tales como gerentes, traslados al interior de una empresa transnacional, visitantes de negocios, o especialistas, por mencionar algunos. Sin embargo, el Anexo es categórico en señalar que no será aplicable en relación a aquellas medidas que afecten a nacionales de un Estado Parte de la OMC que busquen acceder al mercado del trabajo en otro Estado Parte, ni a aquellas medidas en materia de ciudadanía, residencia o empleo con carácter permanente, de modo tal que solo cabe asignarle a este caso de estudio el carácter de reconocimiento marginal y calificado de un derecho a ingresar y permanecer en el territorio de un Estado extranjero.

<sup>410</sup> CHETAİL, 2019, pp. 95-97.

<sup>411</sup> CHETAİL, 2019, pp. 97-98.

global: mientras proliferan en Europa, África, América del Sur y el Caribe, han tenido un desarrollo mucho más modesto en Asia y la región del Pacífico<sup>412</sup>.

Probablemente el caso más emblemático de un acuerdo regional integral de libre movilidad sea el del espacio europeo<sup>413</sup>. Tanto el Tratado de la Unión Europea (TUE)<sup>414</sup>, como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>415</sup>, reconocen la libre circulación de los ciudadanos de la Unión al interior de su espacio como un principio fundamental, que se ha implementado a través de la creación del Espacio *Schengen*<sup>416</sup>, y la adopción de diferentes directivas destinadas a garantizar el derecho a permanecer en cualquiera de los Estados Parte de la Unión<sup>417</sup>. Igualmente, resulta interesante el modo en que se ha producido el fenómeno de “regionalización” de la libre circulación en América Latina, donde a partir de inicios del s. XXI, varios instrumentos regionales y legislaciones internas han reconocido el derecho a migrar, incluyendo emigración e inmigración<sup>418</sup>. El sistema integral de libre circulación más avanzado en el hemisferio sur es el

---

<sup>412</sup> CHETAİL, 2019, p. 98.

<sup>413</sup> Los acuerdos regionales de libre movilidad pueden calificarse de integrales o sectoriales en virtud del grado de integración regional contemplado por los Estados Parte. Cuando existe un menor grado de integración, los acuerdos de naturaleza sectorial simplemente permiten la entrada temporal de determinadas categorías limitadas de trabajadores calificados y proveedores de servicios. Por el contrario, los regímenes integrales de libre movilidad, como el de la Unión Europea, siguen un patrón común basado en tres pilares: 1) El derecho de entrada y la excepción de visado para un periodo máximo de entrada reconocido a todos los nacionales de los Estados Parte. 2) El derecho de residencia en el territorio de cualquier Estado Parte, con frecuencia condicionado a contar con recursos suficientes para no convertirse en una carga para el Estado receptor, y 3) El derecho a establecerse para participar de cualquier actividad económica, ya sea como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia. CHETAİL, 2019, p. 100.

<sup>414</sup> Tratado de la Unión Europea, 1993, artículo 3.2: “(...) la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.

<sup>415</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 1957, artículo 21.1: “(...) todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”; y artículo 45.2: “(...) quedará asegurada la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión”.

<sup>416</sup> El Espacio *Schengen*, denominado así tras el Acuerdo de *Schengen*, hace referencia a una zona geográfica compuesta actualmente por 26 Estados europeos, en que se han abolido las fronteras interiores para efectos del libre tránsito de personas, bienes, servicios y capital, desplazando los controles migratorios, aduaneros y fitosanitarios a sus fronteras exteriores.

<sup>417</sup> Por ejemplo, la Directiva 2004/38/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 Estados miembros, cuyo artículo 7.3 establece que todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses en la medida que se cumpla con una serie de condiciones de índole laboral, familiar y de seguridad social.

<sup>418</sup> ACOSTA, 2018, p. 149. Entre ellas se encuentra la Declaración de Principios Migratorios y Lineamientos Generales de la Conferencia Sudamericana de Migraciones, acordada en Cochabamba el año 2010 y la Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las Personas Migrantes del año 2008. En el ámbito del derecho interno, destaca la Ley de Migraciones de Argentina del 2004, que no solo recoge estándares de derecho internacional, sino que va más allá al establecer en su artículo 4º que “el derecho humano a la migración es esencial e inalienable de la persona, y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y

desarrollado al alero del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en virtud del Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Parte y Asociados, celebrado el año 2002 y en vigor desde el año 2009. En virtud de este acuerdo, todos los ciudadanos del MERCOSUR tienen derecho a inmigrar en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, previo al cumplimiento de formalidades dispuestas por cada Estado y sin perjuicio de restricciones excepcionales impuestas por razones de orden público y de seguridad pública<sup>419</sup>.

Una segunda experiencia significativa gestada en la región de América Latina es la desarrollada en el seno de la Comunidad Andina, la que ha adoptado una serie de instrumentos con el fin de facilitar la libre circulación de los nacionales de sus Estados Parte, entre ellos, la adopción del Instrumento Andino de Migración Laboral que tuvo por objeto permitir de manera progresiva y gradual la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos con fines laborales bajo relación de dependencia con los Estados de la Comunidad Andina, aunque sin garantizar un permiso de residencia temporario, atendiendo a la sola nacionalidad como sucede con el Acuerdo de Residencia de MERCOSUR<sup>420</sup>.

En suma, puede sostenerse con propiedad que en variados ordenes regionales, con mayor o menor alcance, existe un reconocimiento explícito del derecho a inmigrar, en todo caso limitado por cláusulas de salvaguardia y restricciones para proteger el orden público, la seguridad nacional o la salud pública de los Estados Parte de dichos tratados regionales. Sin embargo, resulta mucho menos pacífico sostener algo similar tomando como punto de partida los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, adoptados tanto en el marco del llamado “sistema universal” de protección a los mismos, como de los diferentes “sistemas regionales”. Teniendo esto presente, nos ocuparemos de dar cuenta en lo que sigue de este apartado, de los términos en los cuales se ha

---

universalidad”. Le siguieron la ley uruguaya de 2008 (artículo 1), la ley boliviana de 2013 (artículo 12), la constitución ecuatoriana de 2008 (artículos 40 y 416) y la Ley Orgánica de Movilidad Humana del mismo país adoptada el 2017 (artículo 2).

<sup>419</sup> Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR, 2002, artículo 1º: “Los nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte podrán obtener una residencia legal en este último, de conformidad con los términos de este Acuerdo, mediante la acreditación de su nacionalidad y presentación de los requisitos previstos en el artículo 4o. del presente”

<sup>420</sup> Decisión 545 de la Comunidad Andina relativa al Instrumento Andino de Migración Laboral, 2003. Otras medidas adoptadas en el seno de la Comunidad Andina tendientes a facilitar la libre movilidad han sido el reconocimiento de los documentos nacionales de identidad como único requisito para desplazarse dentro de cualquiera de los países de la región en calidad de turista (Decisión 503), y la implementación del Pasaporte Andino (Decisión 504 y Decisión 525) y la Tarjeta Andina de Migración como documento uniforme de control migratorio tendiente a facilitar y simplificar el movimiento de personas en el territorio andino (Resolución 527).



abordado la discusión acerca de la existencia de un derecho humano a inmigrar reconocido por el derecho internacional, y de una lectura crítica de aquel debate.

### **3.1 El debate relativo a su reconocimiento internacional**

En el abordaje de la interrogante acerca de si es o no posible identificar un derecho humano a inmigrar en el derecho internacional, resulta posible reconocer dos posiciones claras y antagónicas. Por un lado, una opinión dominante, que se aferra al silencio de los textos internacionales sobre la cuestión para negar la existencia de un derecho de estas características. Por otro lado, una opinión alternativa y con menor impacto en la interpretación y práctica política de los Estados, que, criticando dicho silencio, sostiene que la estricta lógica jurídica exige reconocer el derecho humano a inmigrar para dar plena efectividad al ejercicio de otros derechos explícitamente consagrados, como el derecho a salir del territorio de cualquier país.

#### **a) Aproximación dominante: la inexistencia de un ‘derecho a inmigrar’**

Tanto los órganos encargados de la interpretación autorizada y aplicación de normas internacionales de derechos humanos, como la mayoría de la doctrina, se han pronunciado en el sentido de desconocer la existencia de un derecho humano a inmigrar. Así, por ejemplo, Sarah Fine y Lea Ypi afirman de manera categórica que “no hay nada como un derecho humano internacionalmente reconocido a inmigrar”<sup>421</sup> y Sarah Song plantea que “no existe un derecho general de libertad de movimiento internacional en virtud del derecho internacional vigente”<sup>422</sup>. Para ello ha sido determinante el tenor literal de las normas de derecho internacional, que en la mayoría de los casos guardan silencio sobre esta cuestión. Estos pronunciamientos oficiales han sido utilizados, en lo sucesivo, para invocar un argumento de autoridad a la hora de ofrecer una respuesta a la interrogante que nos ocupa.

En efecto, ninguno de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos reconoce en términos explícitos la existencia de un derecho a inmigrar, como sí ocurre a propósito de otros derechos de movilidad, como el derecho a salir de un Estado y de retornar al propio<sup>423</sup>. No

---

<sup>421</sup> FINE y YPI, 2019, p. 2.

<sup>422</sup> SONG, 2019, p. 93.

<sup>423</sup> No lo hacen en términos explícitos la DUDH, el PIDCP, la CTMF, ni la CADH. En todo caso, resulta claro que la DUDH reconoce el derecho a la libre circulación en términos muchos más amplios que los distintos instrumentos de derecho internacional convencional que lo regulan, al no incluir la regularidad migratoria como un elemento de relevancia para el ejercicio de dicho derecho. En el caso de la CTMF, su artículo 79 incorpora una reserva del derecho de admisión de los Estados, aunque sin señalar explícitamente que los trabajadores migratorios no tienen derecho a ingresar y permanecer en el territorio de alguno de los Estados Parte. La CDN, a propósito de la libertad de circulación,

obstante, tampoco estos instrumentos se manifiestan en el sentido opuesto, guardando más bien un “estratégico silencio”, o evadiendo un pronunciamiento<sup>424</sup>. Este “estrepitoso silencio”<sup>425</sup>, ha sido tomado como uno de los principales fundamentos para desconocer la existencia de un derecho de estas características<sup>426</sup>.

La mayoría de las opiniones acerca de esta cuestión sostienen que los principales instrumentos internacionales de derechos humanos no reconocen expresamente un derecho humano, universalmente exigible, a inmigrar a otro país<sup>427</sup>. El pronunciamiento más categórico en este sentido es del Comité de Derechos Humanos, en cuya Observación General N° 15, sostuvo que el PIDCP “no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él”, correspondiendo a cada Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio<sup>428</sup>.

Otros dictámenes de órganos internacionales se han pronunciado reconociendo el derecho de los Estados a controlar sus fronteras y a definir el diseño y la implementación de sus políticas migratorias, a partir de lo cual se ha interpretado la inexistencia de un derecho humano a inmigrar (a nuestro juicio equivocadamente, pues nos parece que la existencia del control no excluye necesariamente el reconocimiento de dicho derecho, y viceversa). Las razones que justifican el ejercicio del control a la inmigración en el plano de la filosofía moral y política, como veremos más adelante, se han traducido en un reconocimiento de carácter jurídico en el orden internacional. Sin embargo, del modo en que entendemos los alcances y consecuencias de un derecho humano a migrar no se sigue que éste sea incompatible con la competencia estatal sobre el control de la inmigración. Profundizaremos este punto en breve.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias ha sostenido, por su parte, que los Estados Parte gozan de “la facultad soberana de (...) controlar sus fronteras y regular la entrada y la permanencia de los trabajadores migratorios y sus

---

plantea en su artículo 10.1 que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva”. Aunque dicha disposición sin duda puede interpretarse en el sentido que los Estados deben facilitar el ingreso de niños y sus familiares con fines de reunificación, no existe tampoco en ella un pronunciamiento explícito en relación a la existencia de un derecho humano a inmigrar, planteándose más bien en términos de solicitud de ingreso.

<sup>424</sup> ACOSTA, 2018, p. 149.

<sup>425</sup> VELASCO, 2016, p. 292.

<sup>426</sup> MILLER, 2016b, p. 11. En efecto, David Miller plantea que si tratamos de responder a la pregunta de si existe un derecho humano a inmigrar consultando cualquiera de los instrumentos de derechos humanos, “la respuesta que obtendríamos sería un inmediato no”.

<sup>427</sup> BLUSKE, 2015, p. 278.

<sup>428</sup> Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, 1986, párrafo 5.

familiares”<sup>429</sup>. El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes ha expresado que, de conformidad a la Carta de Naciones Unidas, los Estados son soberanos, y por tanto se ha de respetar plenamente su “derecho soberano a decidir quién puede o no entrar en su territorio”<sup>430</sup>. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que un Estado tiene el derecho a controlar el ingreso, la residencia y la salida de no nacionales en su territorio, como una cuestión bien establecida de derecho internacional y sujeto a las obligaciones que emanan de los tratados de que es parte<sup>431</sup>. Entre los más recientes pronunciamientos en este sentido, se encuentra el Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular de 2018, en virtud del cual se “(...) reafirma el derecho soberano de los Estados a determinar su política migratoria nacional y su prerrogativa para gobernar la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional<sup>432</sup>”.

Pese a la creciente incidencia del derecho internacional en el derecho migratorio interno, se ha planteado que no parece posible afirmar que el primero reconozca a los individuos un derecho puro y simple a ser admitido libremente en cualquier país, o a elegir como país de residencia un Estado diferente al de su nacionalidad<sup>433</sup>. Como principio general de derecho internacional, la soberanía permitiría a los Estados regular el movimiento de personas a través de sus fronteras<sup>434</sup>, quedando a discreción del Estado conceder el ingreso a su territorio a los extranjeros, aunque de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos<sup>435</sup>. Dicha discrecionalidad amplia permitiría a los Estados definir entre otras cosas, la inadmisibilidad de determinados extranjeros, el establecimiento de cuotas de migrantes permitidas por año, la duración de la estadía y los derechos y obligaciones del extranjero una vez que ha ingresado regularmente al país.

Las reticencias respecto a un derecho a inmigrar se han formulado no solo en la esfera del derecho internacional y en el ámbito académico, sino que también en la *praxis* política<sup>436</sup>. Chile ha sido un ejemplo claro de aquello, considerando que la decisión del gobierno de restarse del Pacto

---

<sup>429</sup> Observación General N° 2 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, 2013, párrafo 13.

<sup>430</sup> Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes, presentado de conformidad con la resolución 1998/16 de la Comisión de Derechos Humanos, 1999, párrafo 39.

<sup>431</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Moustaqim c. Bélgica, 1991; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Beldjoudi c. Francia, 1992.

<sup>432</sup> Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular, 2018, párrafo 15.

<sup>433</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, 2012, pp. 24 y 47.

<sup>434</sup> PERROUCHOUD, 2012, p. 123.

<sup>435</sup> INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2014, p. 43.

<sup>436</sup> VELASCO, 2016, p. 294

Mundial para una Migración Regular, Ordenada y Segura, a pocos días de su firma en Marruecos fue justificada, en buena medida, por la inexistencia de un derecho humano a inmigrar. En este contexto, el Subsecretario del Interior Rodrigo Ubilla declaró: “Nuestra posición es clara. Nosotros decimos que la migración no es un derecho humano. El derecho lo tienen los países de definir las condiciones de ingreso de los ciudadanos extranjeros. Si fuera un derecho humano, entonces estaríamos en un mundo sin fronteras”<sup>437</sup>. Idéntica posición fue confirmada meses más tarde por el Asesor de Política Migratoria del Ministerio del Interior y Seguridad Pública<sup>438</sup> y por el Ministro de Relaciones Exteriores<sup>439</sup>.

**b) Aproximación alternativa: el ‘derecho a inmigrar’ como extensión lógica del derecho a salir de cualquier país**

En contraposición a esta opinión mayoritaria, se ha desarrollado una opinión opuesta que plantea el reconocimiento del derecho humano a inmigrar como una extensión lógica del derecho a la libre circulación, y como única interpretación válida para dar efectividad al derecho humano a emigrar, consagrado en los principales instrumentos internacionales. Bajo la mirada de quienes han desarrollado este discurso alternativo, la gran dificultad que enfrenta la opinión dominante sería la “inconsistencia” generada al reconocer, por un lado, el derecho a salir del territorio de un país, y por otro, desconocer el derecho a ingresar al territorio de cualquier otro.

El derecho a emigrar tiene consagración explícita en el derecho internacional, pero simultáneamente se ignoraría su contrapartida lógica, el derecho a inmigrar. De este modo se acabaría conculcando el primero de estos derechos<sup>440</sup>. Esto ha sido considerado “un contrasentido”<sup>441</sup>, “una incoherencia”<sup>442</sup>, “un notable desajuste”<sup>443</sup>, “una disyuntiva normativa”<sup>444</sup>

---

<sup>437</sup> CNN Chile, “*Subsecretario Rodrigo Ubilla: La migración no es un derecho humano*”, 9 de diciembre de 2018. Disponible en: [https://www.cnnchile.com/pais/subsecretario-rodrigo-ubilla-la-migracion-no-es-un-derecho-humano\\_20181209/](https://www.cnnchile.com/pais/subsecretario-rodrigo-ubilla-la-migracion-no-es-un-derecho-humano_20181209/). [Fecha de consulta: 23 de julio de 2019].

<sup>438</sup> The Clinic, “*Mijail Bonito: La migración no es un derecho humano*”, 20 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.theclinic.cl/2019/08/20/mijail-bonito-la-migracion-no-es-un-derecho-humano/>. [Fecha de consulta: 30 de agosto de 2019].

<sup>439</sup> La Tercera, “*Canciller Ribera afirma que la migración ‘no’ es un derecho humano*”, 22 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/canciller-ribera-afirma-la-migracion-no-derecho-humano/792361/>. [Fecha de consulta: 30 de agosto de 2019].

<sup>440</sup> VELASCO, 2016, p. 298.

<sup>441</sup> ERMIDA URIARTE, 2009, p. 29.

<sup>442</sup> VELASCO, 2016, p. 295.

<sup>443</sup> VELASCO, 2016, p. 294.

<sup>444</sup> ACOSTA, 2018, p. 149.

o también “una asimetría”<sup>445</sup>. En palabras de Philip Cole, “la posición de la asimetría liberal no es sólo ética, sino que también conceptualmente incoherente”<sup>446</sup>.

Desde este punto de vista, se ha planteado que el derecho a salir del propio país debiera ir asociado lógicamente a la garantía de ser admitido en otro. De otro modo, el primero quedaría privado de poder ejercerse plenamente y su consagración se convertiría en inocua. ¿Cómo podría salirse del territorio de un Estado sin ingresar al de otro? Solo es lógicamente posible abandonar el territorio de un Estado gozando, al menos *prima facie*, del derecho a ingresar al territorio de otro. La interpretación dominante del derecho internacional supondría, por lo tanto, la asimetría del derecho a emigrar y el derecho a inmigrar. El derecho a salir estaría incompleto, porque su ejercicio efectivo estaría supeditado a la existencia del derecho a ingresar a otro país<sup>447</sup>. Esto constituiría una enorme dificultad para el ejercicio del primer derecho, en la medida que el reconocimiento del segundo sería condición material para su satisfacción<sup>448</sup>. En consecuencia, la interpretación mayoritaria tendría como efecto imponer un obstáculo para el pleno ejercicio del derecho a emigrar<sup>449</sup>. Estas diversas consideraciones han llevado a plantear que la forma concreta en que la libre circulación y residencia está regulada a nivel internacional adolece de un nivel de asimetría “que raya en el absurdo”<sup>450</sup>.

Otro de los argumentos más frecuentemente empleados para desacreditar el reconocimiento del derecho humano a inmigrar en el orden internacional, dice relación con una cuestión de carácter práctico. Reconocer a un individuo el derecho a salir de su país sin reconocerle simultáneamente el derecho a ingresar a otro sería únicamente imaginable en un contexto mundial en el cual existiesen tierras que no pertenecen a ningún otro Estado. Sin embargo, “no existe en este finito planeta ningún lugar adonde ir que no sea territorio soberano de alguna entidad política”<sup>451</sup>. Esto supone nuevamente un obstáculo para el ejercicio pleno del derecho humano a salir del territorio de cualquier país. Esta línea argumentativa ha intentado desacreditar la interpretación dominante

---

<sup>445</sup> PERROUCHOUD, 2012, p. 129.

<sup>446</sup> COLE, 2000, p. 46.

<sup>447</sup> PERROUCHOUD, 2012, p. 129.

<sup>448</sup> VELASCO, 2016, p. 296.

<sup>449</sup> En la misma línea, hay quienes han sostenido que la distinción dogmática entre derecho a emigrar y derecho a inmigrar no sería más que una segmentación artificiosa, equivalente a reconocer la existencia del derecho a cobrar el salario y luego negar la obligación de pagarlo. ERMIDA URIARTE, 2009, p. 29.

<sup>450</sup> VELASCO, 2016, 292.

<sup>451</sup> VELASCO, 2016, pp. 297-298.

llevando al absurdo sus potenciales consecuencias: “salir de un territorio sin poder entrar a otro significaría quedar en un limbo real: ¿las aguas internacionales? ¿el espacio aéreo?”<sup>452</sup>.

### **3.2 Las premisas básicas de la discusión: lectura crítica y necesidad de reformulación**

Como puede advertirse, hasta hoy se discute en torno al reconocimiento internacional de un derecho humano a inmigrar. En este intenso debate, la opinión dominante ha sido aquella que ha desconocido la existencia de este derecho, ocupando la posición alternativa un sitio mucho menos significativo en el discurso y la práctica internacional. Sin embargo, los términos en los cuales se ha desarrollado hasta ahora esta discusión resultan cuestionables desde distintas perspectivas. El escaso impacto de la posición que argumenta a favor del reconocimiento del derecho humano a inmigrar es consecuencia del empleo de premisas difíciles de sostener bajo el estado actual de desarrollo del derecho internacional, que, sin embargo, se usan como punto de partida para abordar la interrogante.

En efecto, no es razonable seguir afirmando que los Estados constitucionales democráticos disponen de prerrogativas plenas para el diseño y ejecución de sus políticas migratorias. Como mencionamos con anterioridad, hay buenas razones para plantear que los aspectos básicos de las políticas de control migratorio han dejado de formar parte de la llamada “jurisdicción interna” de los Estados, y son hoy una materia en buena parte regulada por aquello que conocemos como derecho internacional migratorio (y particularmente por instrumentos internacionales en materia de derechos humanos). Tampoco es plausible abordar la discusión partiendo de la base que un eventual derecho a inmigrar supondría un derecho universalmente exigible al margen de cualquier mecanismo de control, lo que, como expondremos, resulta impracticable.

#### **a) No existe una soberanía plena para el diseño y ejercicio de las potestades de control de la inmigración**

Una primera premisa que conviene aclarar, es la sostenida por quienes afirman que los Estados siguen gozando de prerrogativas soberanas plenas para el control de la inmigración, de modo tal que el reconocimiento de dicho derecho sería incompatible con un legítimo ejercicio de potestades como la inadmisión de extranjeros o su expulsión. En efecto, como puede advertirse de lo expuesto en el apartado anterior, el reconocimiento internacional de las competencias que tienen los Estados

---

<sup>452</sup> ERMIDA URIARTE, 2009, p. 29. En todo caso, esta objeción ha sido replicada por autores como David Miller, quien ha sostenido que la negativa de un Estado a admitir a una persona no le impide a ésta abandonar el territorio de su propio Estado, siempre que exista al menos un Estado dispuesto a admitirle. MILLER, 2007, p. 209.

para el control migratorio suele invocarse en esta discusión como validando prerrogativas cuyo ejercicio dependería de una absoluta discrecionalidad, muy similares a aquellas que emanan de la soberanía tal cual era entendida en el s. XIX y comienzos del s. XX.

Esta afirmación resulta doblemente inexacta. Por una parte, desde lo general, es efectivo que los Estados tienen dominio sobre ciertos asuntos conforme a la Carta de Naciones Unidas, pero no puede decirse que gocen de soberanía plena en la medida que existen cuestiones que son una preocupación legítima de la comunidad internacional, una de las cuales es la protección de los derechos humanos de quienes deciden embarcarse en un proyecto migratorio<sup>453</sup>. Por otra parte, desde lo específico, no es posible desconocer la existencia de un número importante de instrumentos internacionales dirigidos a imponer obligaciones a los Estados que los suscriben, sobre el modo en que deben diseñar, implementar y ejecutar sus políticas de control migratorio. Estos instrumentos forman parte hoy de lo que se conoce como derecho internacional migratorio, y que, en su oportunidad, abordaremos con mayor profundidad.

La opinión dominante entra en tensión al plantearse que estas prerrogativas “plenas” de control, solo son legítimas en la medida que su ejercicio se enmarque en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos<sup>454</sup>. En consecuencia, no es exacto afirmar que los Estados gozan de potestades enteramente discrecionales para el control de la inmigración en su territorio, al menos si entendemos por tales aquellas potestades cuyo ejercicio se encuentra desvinculado del ordenamiento jurídico, al carecer de estándares normativos que guíen la toma de la decisión<sup>455</sup>. Por el contrario, debe asumirse como premisa básica para el análisis de esta cuestión el que existen múltiples instrumentos internacionales que regulan y limitan el ejercicio de dichas potestades<sup>456</sup>, de manera tal que no cabe sino considerar que tienen la naturaleza de “regladas”, o bien discrecionales en un sentido diverso, como potestades carentes de un tipo de regulación específica (de las llamadas normas de acción), pero sujetas a normas que han de ser interpretadas como “mandatos de optimización”, siguiendo a Isabel Lifante<sup>457</sup>.

#### **b) No es posible concebir un derecho a inmigrar incondicionalmente y al margen de todo control**

---

<sup>453</sup> UPRIMNY y SÁNCHEZ, 2019, p. 649.

<sup>454</sup> Por ejemplo, INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2014, p. 43.

<sup>455</sup> Se trata del concepto de discrecionalidad ‘en sentido fuerte’ al que hace referencia Ronald Dworkin, y que parece ser el empleado en el derecho internacional clásico cuando se hace referencia a esta cuestión. DWORKIN, 2012, pp. 83-87.

<sup>456</sup> PERROUCHOUD, 2012, p. 123.

<sup>457</sup> LIFANTE, 2012, p. 143.

En el estado actual de la discusión ha existido también un inexacto entendimiento de aquello que significaría reconocer un derecho a inmigrar. Quienes han participado del debate, con frecuencia lo han hecho entendiendo sus potenciales alcances de un modo impracticable, ya sea por expectativas irrealizables o por tergiversaciones que le cuestionan sin involucrarse en un debate de fondo. Es el caso de quienes plantean que reconocer un derecho humano a inmigrar significaría entonces que “ningún Estado puede excluir a nadie”<sup>458</sup>. Este entendimiento, poco realista o caricaturizado, dice relación con que un eventual derecho a inmigrar supondría un “derecho universal a cruzar las fronteras de cualquier estado y permanecer dentro de ellos durante el tiempo que uno elija”<sup>459</sup>, que operaría como un “derecho automático”<sup>460</sup>, o un “derecho a instalarse libremente”<sup>461</sup>.

Esto ha sido interpretado como una exigencia universal de libre tránsito internacional, con ausencia de cualquier clase de control, y, en consecuencia, como una abolición de las fronteras tal y como las conocemos y como una mutilación de la soberanía territorial de los Estados. Desde este punto de vista, equivocado a nuestro juicio, los Estados no podrían rechazar la admisión de un extranjero, ni negarse a otorgarle un visado. Tampoco podrían expulsar a un extranjero de su territorio. Así, en este entendido, se ha planteado que “conceder a los extranjeros el derecho a entrar y permanecer en el territorio de un Estado del que no son nacionales significaría una radical salida de los entendimientos tradicionales de la soberanía territorial que, en general, han sido considerado válidos desde finales del s. XIX”<sup>462</sup>.

En América Latina, por ejemplo, hay Estados que han reconocido explícitamente un derecho a migrar, en sus distintas dimensiones, en instrumentos de derecho interno<sup>463</sup>. Sin embargo, en la

---

<sup>458</sup> DUMMETT, 2004, p. 62.

<sup>459</sup> “A human right to immigrate means, I assume, a universal right to cross the borders of any state and remain within them for as long as one chooses”. MILLER, 2016b, p. 11.

<sup>460</sup> PERROUCHOUD, 2012, p. 137.

<sup>461</sup> VELASCO, 2016, p. 295-296.

<sup>462</sup> ACOSTA, 2018, p. 149.

<sup>463</sup> Como mencionamos en su oportunidad, a este respecto destaca la Ley de Migraciones argentina del 2004, en cuyo artículo 4º se señala que “el derecho humano a la migración es esencial e inalienable de la persona, y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Le siguieron la ley uruguaya de 2008 (artículo 1: destaca la Ley de Migraciones de Argentina del 2004, que no solo recoge estándares de derecho internacional, sino que va más allá al establecer en su artículo 4º que “el derecho humano a la migración es esencial e inalienable de la persona, y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”). Le siguieron la ley uruguaya de 2008 (artículo 1: “El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración (...)), la ley boliviana de 2013 (artículo 12 [II] [1]: “El Estado garantiza a las personas migrantes extranjeras, el ejercicio y goce de los siguientes derechos: A la migración sobre la base de los principios de igualdad, universalidad y reciprocidad”), la constitución ecuatoriana de 2008 (artículos 40 y 416) y la Ley Orgánica de Movilidad Humana del



medida que estos reconocimientos no han venido de la mano del dismantelamiento de los principales mecanismos de control migratorio, se ha considerado que dichas disposiciones han tenido más bien un carácter “(...) aspiracional, una importante declaración de intenciones, pero no (...) un verdadero derecho fundamental”<sup>464</sup> o de “adición poética alineada con las preocupaciones de la inflación de derechos”<sup>465</sup>.

Esta particular comprensión del alcance de un derecho a inmigrar, incompatible con el contexto del actual orden internacional, finalmente acaba conspirando contra los esfuerzos por posicionar una tesis que abogue por su reconocimiento. Su impracticabilidad radica en que una de las principales dimensiones de la soberanía territorial de los Estados constitucionales democráticos, reconocida unánimemente por la práctica internacional, es el control de sus fronteras. Esto incluye el derecho de admisión, visado y expulsión de extranjeros, aunque sujeto a las limitaciones impuestas por el propio derecho internacional migratorio. En consecuencia, resulta también necesario desechar esta premisa y sostener, en su reemplazo, que bajo el actual esquema de soberanía estatal en los Estados contemporáneos solo es posible reconocer la eventual existencia de un derecho a inmigrar sujeto a limitaciones, y cuyo ejercicio se encuentra regulado y puede ser restringido por los Estados conforme al derecho internacional, pero que no puede ser desconocido ni privado de manera discriminatoria ni arbitraria.

### **3.3 Estrategias alternativas para el reconocimiento del derecho a inmigrar como un derecho humano**

Abordar este asunto superando los argumentos tradicionales que hasta la fecha han monopolizado la discusión exige tomar como punto de partida el hecho que no hay por qué asumir como definitivos los catálogos de derechos cuyo reconocimiento es actualmente indiscutido. Como en su momento planteó Bobbio a propósito de la DUDH:

“los derechos humanos son derechos históricos, que surgen gradualmente de las luchas que la persona combate por su emancipación y de la transformación de las condiciones de vida que estas luchas producen (...), hoy sabemos que también los derechos llamados humanos son el

---

mismo país adoptada el 2017 (artículo 2: El reconocimiento de la potestad del ser humano para movilizarse libremente por todo el planeta. Implica la portabilidad de sus derechos humanos independientemente de su condición migratoria, nacionalidad y lugar de origen, lo que llevará al progresivo fin de la condición de extranjero”).

<sup>464</sup> ACOSTA, 2018, p. 171.

<sup>465</sup> ACOSTA, 2018 p. 151.

producto no de la naturaleza sino de la civilización humana; en cuanto derechos históricos son mutables, esto es, susceptibles de transformación y de ampliación”<sup>466</sup>.

En consecuencia, no resulta plausible clausurar el debate sencillamente porque el derecho internacional no ofrece una respuesta afirmativa categórica en la literalidad de los instrumentos internacionales. Teniendo esto presente, se hace necesario evidenciar que el empleo limitado de herramientas de interpretación de los instrumentos internacionales, y de otras fuentes del derecho internacional para argumentar a favor de la existencia del derecho humano a inmigrar resulta igualmente un aspecto problemático del estancamiento de esta discusión. Tal como revisamos anteriormente, los principales argumentos invocados han estado inspirados en la literalidad de los textos internacionales, los pronunciamientos autoritativos de organizaciones internacionales, el efecto útil y extensión lógica de derechos consagrados en instrumentos internacionales.

Esto ha excluido del debate otras consideraciones enriquecedoras de una posición en este sentido, que podrían ofrecer un rendimiento argumentativo más interesante, y producir un mayor impacto de esta posición en la interpretación y práctica política de la comunidad internacional. Resulta interesante incorporar al debate, como posibles estrategias alternativas: el recurso a la teoría de los derechos implícitos, el desarrollo del derecho a permanecer en el derecho de los tratados, y un potencial valor jurídico de la práctica internacional.

**a) El derecho a inmigrar *prima facie* a cualquier país como un derecho implícito en la regulación de la libre circulación**

Efectivamente, no resulta posible encontrar en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos referencia alguna a un derecho a cruzar las fronteras de otro Estado<sup>467</sup>. Sin embargo, no resulta una cuestión del todo obvia el que este silencio sea interpretado inequívocamente como una exclusión de dicho derecho de los catálogos internacionales de derechos humanos si tomamos en consideración un sentido y alcance más amplio de las disposiciones que consagran el derecho humano a la libre circulación. Esto es así, teniendo en cuenta que el actual estado de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos no ha

---

<sup>466</sup> BOBBIO, 1982, p. 16.

<sup>467</sup> Esto sin perjuicio que, en ocasiones, el que exista cierto consenso en sostener que cabe hacer extensivo el derecho a retornar “al propio país” a aquellos extranjeros con arraigo, o vínculos de larga data con un Estado distinto al de la propia nacionalidad, ha sido interpretado como el reconocimiento convencional del derecho de un extranjero a ingresar y permanecer en otro Estado. Esto, a partir de la interpretación amplia que el Comité de Derechos Humanos ha realizado respecto de la expresión “propio país”, en su Observación General N° 27 de 1999. En este sentido, PERROUCHOUD, 2012, pp. 129-130.

excluido el reconocimiento de derechos que no se encuentran contemplados en términos expresos en los tratados internacionales.

Las principales cortes internacionales han recurrido a una interpretación expansiva de los derechos consagrados en los instrumentos convencionales para así dar cuenta de la existencia de otros derechos que igualmente constituirían un límite al ejercicio de potestades estatales. Esta ha sido una práctica tanto del Tribunal Europeo como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que ha quitado la exclusividad del criterio estrictamente formalista para la identificación de normas de derechos fundamentales en el ámbito internacional, y también en los ordenamientos internos de los Estados. El Tribunal Europeo ha empleado desde muy temprano en su historia la identificación de derechos implícitos al Convenio Europeo, como en el caso *Golder v. Reino Unido* de 1975<sup>468</sup>. La jurisprudencia interamericana ha sido, a su vez, un campo fértil para la identificación de derechos no explícitamente consagrados en la CADH. Así, por ejemplo, el derecho a la verdad<sup>469</sup>, el derecho a la efectiva sanción penal<sup>470</sup>, el derecho comunal a la propiedad indígena<sup>471</sup>, el derecho a la identidad<sup>472</sup>, el derecho a acceder a tratamientos de fertilización *in vitro* financiados por el Estado<sup>473</sup> han sido considerados derechos emanados de la CADH por la Corte Interamericana en ejercicio de sus competencias contenciosas.

Para ello, la Corte ha recurrido a una serie de argumentos de texto que permiten realizar una interpretación extensiva de los derechos explícitamente consagrados en la Convención. Entre ellos, la llamada “cláusula de derechos no enumerados”, en cuya virtud ninguna de las disposiciones de la CADH puede interpretarse en el sentido de excluir “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que derivan de la forma democrática y representativa de gobierno<sup>474</sup>”. Del mismo modo, se ha considerado lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,

---

<sup>468</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Golder v. Reino Unido*, 1975. En este caso, el Tribunal Europeo razonó que el artículo 6º del Convenio incluía de forma implícita un derecho de acceso a las cortes. Ello aun cuando la intención original de los redactores del convenio fue precisamente excluir cualquier reconocimiento de un derecho general de acceso a las cortes<sup>468</sup>.

<sup>469</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, 2006, párrafo 150.

<sup>470</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, 2006, párrafo 150.

<sup>471</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, 2001, párrafo 148.

<sup>472</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Juan Gelman v. Uruguay*, 2001, párrafo 122.

<sup>473</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, 2012.

<sup>474</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, artículo 29 literal c).

en virtud de la cual las disposiciones de un tratado deben interpretarse a la luz de su “objeto y fin<sup>475</sup>”.

Atendiendo a que el objeto y fin de un tratado de la naturaleza de la CADH no es otro que el respeto y promoción de los derechos humanos, la Corte ha empleado dos criterios específicos para la interpretación de normas iusfundamentales: el principio *pro persona* y evolutivo. El primero de ellos supone preferir una interpretación amplia, en la medida que entre distintas alternativas interpretativas debe optarse por aquella que “proporcione el mayor grado de protección a los seres humanos bajo su tutela”<sup>476</sup>. El segundo, en tanto, supone tener presente que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>477</sup>. La aplicación de las disposiciones de la CADH a la luz de los criterios interpretativos precedentemente descritos le ha permitido ampliar la protección del sistema interamericano a derechos no expresamente consagrados en sus instrumentos<sup>478</sup>.

El modo concreto en que ha operado la Corte Interamericana en el reconocimiento de “derechos implícitos” ha sido el siguiente: Lo primero es que colocado frente a un caso que le corresponde resolver bajo su competencia contenciosa afirma la necesidad de interpretar los preceptos de la CADH en atención a los criterios ya señalados precedentemente. Luego, refiere una norma de la propia Convención cuyo texto es vago o indeterminado. Por último, la Corte señala que dicha norma exige necesariamente la adopción de determinado estándar, que consiste en el derecho implícito identificado a partir de un método de deducción lógica<sup>479</sup>.

Pese a que hasta la fecha no ha existido un pronunciamiento de la Corte en este sentido, sería posible pensar que una interpretación del derecho a la libre circulación en clave de los criterios y prácticas descritas en los párrafos precedentes podría significar extender su sentido y alcance, de modo tal de afirmar la existencia de un derecho a ingresar *prima facie* al territorio de cualquier Estado en la medida que se cumplan las condiciones establecidas en la legislación interna de

---

<sup>475</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969, artículo 31.

<sup>476</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Benjamín y otros v. Trinidad y Tobago (Objeciones preliminares) 2001, p. 70; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Blake v. Guatemala, 1998, párrafo 96.

<sup>477</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, 2004, párrafo 165.

<sup>478</sup> Esta no ha sido una práctica exenta de cuestionamientos. Se le ha cuestionado que bajo la máscara de interpretación supone en realidad un ejercicio de construcción jurídica de derechos no reconocidos. La ampliación en el reconocimiento de derechos implícitos albergaría la dificultad de una posible “inflación” de derechos fundamentales, en donde se le reconocería rango iusfundamental a pretensiones que no lo ameritarían o serían ‘meros intereses’. CEA EGAÑA, 2012, p. 50; CANDIA FALCÓN, 2015, p. 883.

<sup>479</sup> CANDIA FALCÓN, 2015, pp. 876-877.

conformidad con los estándares que el propio derecho internacional impone<sup>480</sup>. Enfrentada esta interpretación alternativa del derecho a la libre circulación a la interpretación dominante, en clave *pro homine* y evolutiva, solo cabe hacer primar la primera de ellas.

En el caso del derecho a la libre circulación, y en específico, del derecho a salir del territorio de un Estado, una interpretación que aplique las herramientas empleadas para la identificación de derechos implícitos en la práctica internacional, podría llevar al reconocimiento *prima facie* de un derecho a inmigrar. Para ello podríamos conceder que la eficacia misma del derecho a salir del territorio de un Estado depende, de manera significativa, de que el ingreso a otro Estado no se encuentre supeditado a una voluntad estatal caprichosa o arbitraria, sino que a un estatuto que brinde certeza jurídica de las condiciones para hacer efectivo dicho ingreso. Esto permitiría sostener que existiría un derecho a cruzar las fronteras de otro Estado, al menos *prima facie*. Es decir, nadie podría ser privado *per se* de la posibilidad de emprender un proyecto migratorio sometiéndose a regulaciones estatales respetuosas de las exigencias derivadas del respeto y garantía de los derechos humanos. Desechar esta posibilidad supondría contravenir la propia jurisprudencia interamericana, para la cual toda interpretación del texto de la Convención “requiere que los Estados garanticen y respeten los derechos contenidos en esta de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas”<sup>481</sup>. En consecuencia, el reconocimiento implícito de un derecho a ingresar *prima facie* al territorio de otro Estado, excluyendo discriminaciones o arbitrariedades en su regulación, vendría dado por la necesidad para dar efectividad plena al derecho a salir del territorio de cualquier país, incluido el propio.

Tampoco puede dejarse al margen de esta interpretación, el actual estado evolutivo de la movilidad humana internacional, el cual ha transformado los rasgos estructurales del mundo contemporáneo. Considerando que, a juicio de la Corte Interamericana, “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”<sup>482</sup>, sería igualmente plausible plantear que la nueva “era de las migraciones” que vivimos demanda una interpretación actualizada del derecho a la libre circulación que incluya la inmigración como una más de sus dimensiones. Esto, por una parte

---

<sup>480</sup> Hay opiniones que han sugerido el reconocimiento del derecho a inmigrar como un derecho implícito, a partir de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, o al trabajo. Sin embargo, no se hace referencia al mecanismo que permitiría arribar a dicha afirmación. ERMIDA URIARTE, 2009, p. 28.

<sup>481</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vargas Areco v. Paraguay, 2006, párrafo 85.

<sup>482</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, 2004, párrafo 165.

permitiría dar una mayor efectividad al ejercicio de este derecho en el orden internacional, y por otra, excluir una implementación abusiva de las políticas de control migratorio de los Estados, que condicione el ingreso de un extranjero a su territorio al mero capricho de las autoridades migratorias de turno.

**b) El derecho a residir en cualquier país como un derecho calificado con fundamento en el derecho internacional convencional**

Como ya hemos señalado, el fundamento central para descartar la existencia de un derecho a inmigrar en el derecho internacional ha sido el silencio de los textos internacionales sobre esta cuestión. Sin embargo, conviene precisar que estamos en presencia de un silencio “relativo”, puesto que como acabamos de revisar, existe únicamente respecto a un eventual derecho de cruzar las fronteras de otro Estado para así ingresar a su territorio. El derecho de circular libremente al interior de un Estado y residir en él, es un derecho explícitamente reconocido en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, con mayor o menor amplitud, y sujeto al cumplimiento de condiciones más o menos exigentes.

Es el caso de la DUDH, que consagra con gran amplitud el derecho a circular libremente y residir en el territorio de cualquier Estado, sin restringir la titularidad de dicho derecho a condiciones relativas ni a la nacionalidad de la persona ni a su situación migratoria para el caso de los extranjeros, puesto que según su texto todas ellas gozan de este derecho. Tampoco restringe el ejercicio de este derecho a la libre circulación dentro del territorio del Estado de la propia nacionalidad, puesto que la disposición está planteada en términos de “un Estado” cualquiera<sup>483</sup>. Las principales convenciones internacionales sobre derechos humanos también consagran el derecho a circular y residir libremente, aunque restringiendo su titularidad a quien “se halle legalmente en el territorio de un Estado”<sup>484</sup>. En consecuencia, en la medida que un extranjero cumpla con la legalidad interna de cada Estado, tendrá derecho a circular libremente al interior de su territorio y elegir un lugar dentro de éste para residir. Las consecuencias derivadas del que su ejercicio se encuentre condicionado al cumplimiento de la regulación interna de cada Estado es un punto que será abordado en un punto posterior dentro de este apartado.

---

<sup>483</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, artículo 13.1: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Considerando además la tesis consolidada que plantea que, pese a que la DUDH no tiene el valor de derecho convencional, sí tiene el de derecho consuetudinario internacional, éste es un interesante punto de partida para el análisis de esta cuestión.

<sup>484</sup> Es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 12.1; y de la Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, artículo 22.1.

También debe tenerse a la vista la evolución que ha tenido en instrumentos de derecho internacional convencional diferentes de los principales tratados de derechos humanos, el derecho a residir en otro Estado. A este respecto, se ha señalado que producto de su reconocimiento impreciso e implícito en los tratados internacionales de derechos humanos y en la jurisprudencia internacional, “el derecho a permanecer es un derecho en formación, relativamente nuevo, que no ha sido estudiado con profundidad”<sup>485</sup>. Su reconocimiento explícito, aunque calificado para casos específicos, puede encontrarse tempranamente en el Convenio N° 97 de la Organización Internacional del Trabajo, para la Migración y el Empleo, que data del año 1939. Este instrumento, aplicable a los trabajadores y trabajadoras migrantes que acceden al mercado laboral de un país distinto al de su nacionalidad, reconoce por primera vez la existencia de un derecho a permanecer, al impedir que un trabajador migrante sea expulsado o devuelto a su país de origen por motivos de enfermedad o accidente sobrevenido que le impida ejercer su oficio<sup>486</sup>. El derecho a permanecer se encuentra también implícitamente considerado en la CTMF, al establecerse que no podrá considerarse como causal para la pérdida de un permiso de residencia el cese del empleo remunerado<sup>487</sup>. El mismo tratado, además, es explícito en señalar que familiares de un trabajador migrante que fallezca en el Estado de acogida, o que se divorcie en él, tendrán derecho a permanecer en él cumpliendo ciertas condiciones<sup>488</sup>.

**c) El reconocimiento del derecho a inmigrar como un posible producto de la práctica internacional de los Estados**

Al margen de la estrategia argumentativa en virtud de la cual podría plantearse el reconocimiento implícito del derecho humano a inmigrar a partir del derecho de los tratados, resulta también posible explorar como fuente el derecho internacional consuetudinario. Está claro que plantear la existencia de una norma que constituya costumbre internacional demanda un ejercicio cuya complejidad y sofisticación excede por mucho los propósitos de este trabajo. No obstante, nos parece que explorar esta posibilidad hasta ahora insuficientemente desarrollada permite abrir un nuevo posible ámbito de aplicación en una materia donde el derecho consuetudinario tiene una enorme relevancia, como es el derecho internacional migratorio.

---

<sup>485</sup> DELGADO HINOSTROZA, 2013, p. 65.

<sup>486</sup> Convenio N° 97 de la Organización Internacional del Trabajo para la Migración y el Empleo, 1939, artículo 8.

<sup>487</sup> Convención para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 1990, artículo 49.

<sup>488</sup> Convención para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 1990, artículo 50.2.

Como revisamos en su oportunidad, históricamente la costumbre ha tenido una extraordinaria relevancia como fuente del derecho internacional migratorio. Ha sido a través de ella que se han justificado potestades tales como el derecho de admisión o el derecho de expulsión que tienen los Estados con relación a los extranjeros, o de igual forma, a través de ella se han consolidado algunos estándares para limitar dichas potestades, como la no devolución o la unidad familiar. Es por esto que plantear la existencia de una norma de derecho consuetudinario no puede descartarse *prima facie* como estrategia para desarrollar el asunto sobre la existencia de un hipotético derecho humano a inmigrar en el derecho internacional.

La costumbre dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos es una fuente del derecho con una relevancia acotada, pero en el orden internacional, “es una fuente dinámica de derecho a la luz de la naturaleza del sistema internacional y su falta de órganos de gobierno centralizados”<sup>489</sup>. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la define como la “prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho”<sup>490</sup>, lo que demanda la concurrencia de un elemento material u objetivo, la práctica de los Estados entendida como un conjunto de conductas uniformes, constantes y generales<sup>491</sup>, y de un elemento formal o subjetivo, que corresponde a la denominada *opinio iuris seu necessitatis*, o convicción de estar actuando conforme a derecho<sup>492</sup>.

A la luz de lo antes dicho, bien podría al menos analizarse si es que la práctica internacional ha generado una norma consuetudinaria en virtud de la cual los Estados han de permitir la libre circulación internacional hacia sus territorios, bajo las condiciones y cumpliendo las exigencias de sus legislaciones internas, dentro del marco de sus compromisos internacionales en materia de

---

<sup>489</sup> SHAW, 2017, p. 54. Piénsese en ejemplos como el principio de libertad de navegación por la alta mar, el principio de inviolabilidad personal de los agentes diplomáticos o la norma que establece que el agotamiento previo de los recursos internos es un requisito de admisibilidad de la reclamación presentada internacionalmente por un Estado en ejercicio de su derecho de protección diplomática en favor de sus nacionales. Todas son normas de derecho internacional consuetudinario.

<sup>490</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945, art. 38 b).

<sup>491</sup> La costumbre está constituida por un conjunto de conductas, interrelacionadas entre sí, de los Estados, que muestran su común consentimiento (consenso) o aceptación respecto a la vigencia para ellos de una norma determinada (MARIÑO MENÉNDEZ, 2005, p. 255). La práctica de los Estados que contribuyen activamente a la formación de la norma tiene que ser uniforme, es decir, las conductas que constituyen los precedentes deben tener un significado semejante y de ellas, de modo inequívoco, debe poder extraerse una regla de comportamiento determinada. La práctica debe ser asimismo constante. Esto significa que, en principio, no basta un único precedente para que surja la norma, sino que es necesaria una cierta repetición. Finalmente, cabe considerar la generalidad como un requisito de la práctica consuetudinaria. Esto significa ante todo que dentro del proceso se “generaliza” la exigencia de una conducta para todos los Estados considerados (MARIÑO MENÉNDEZ, 2005, p. 259-262)

<sup>492</sup> Por lo que se refiere al elemento formal de la costumbre u *opinio iuris seu necessitatis*, el elemento consiste en el convencimiento, la “creencia” o la convicción, objetivamente demostrable, que tienen los Estados que se comportan de cierto modo, de que oran porque están jurídicamente facultados u obligados a hacerlo. MARIÑO MENÉNDEZ, 2005, p. 265.



protección a los derechos humanos. La oportunidad de reflexionar en torno a esta posibilidad se produce atendido a que, en los hechos, el territorio de ningún Estado está vedado a los extranjeros que deseen ingresar y permanecer en él sometidos a la legislación que éstos se han dado para reglar el ejercicio de las competencias asociadas al control de la inmigración. Cerrar las fronteras y vetar todo ingreso y permanencia de los extranjeros, por el solo hecho de ser tales, es considerada, en cambio, una práctica contraria a las exigencias básicas de una democracia liberal, salvo la concurrencia de circunstancias extraordinarias como ha sido la pandemia de COVID-19 en sus periodos más críticos.

En consecuencia, el punto de partida de esta posibilidad es que la prohibición de la inmigración no es parte de la práctica misma del control migratorio en los Estados contemporáneos. Por el contrario, prácticamente en todos los Estados del mundo la inmigración está permitida (limitada y condicionada, pero permitida), y el que un Estado cierre sus fronteras a la movilidad humana suele considerarse una práctica contraria a la vigencia de los principios liberales y democráticos. La adopción, por parte de los Estados, de legislaciones migratorias que establecen las condiciones bajo las cuales un extranjero puede inmigrar a su territorio es una práctica demostrable en el mundo contemporáneo, siendo ésta una cuestión regulada y que no queda entregada al mero arbitrio de los funcionarios que controlan el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el país.

Tomando esto en consideración, resulta enteramente relevante revisar la práctica de los Estados para indagar si existe en ella algo que contribuya a justificar el reconocimiento de este derecho. Lo primero que conviene señalar, es que la inmigración no se encuentra prohibida prácticamente en ningún Estado *per se*, con excepción de la inmigración irregular. No es posible en el mundo contemporáneo identificar democracia constitucional alguna en que exista una política de fronteras del todo cerradas e impermeables. Los Estados cuentan con legislaciones que, a la luz de diferentes modelos de tratamiento jurídico de las migraciones, son más o menos restrictivas en materia de control, pero la regla general es que en todas ellas se contempla la posibilidad de migrar hacia su territorio de manera regulada y condicionada al cumplimiento de las exigencias que cada ordenamiento jurídico establece.

El análisis del derecho migratorio interno de los Estados suele abordarse desde una óptica que lo visualiza exclusivamente como un mecanismo de limitación y control a la inmigración. Sin embargo, no se tiene igualmente presente que la legislación en esta materia regula y limita internamente el ejercicio de potestades que originalmente descansaban en la sola voluntad de la

autoridad, al margen de cualquier sujeción a la jurisdicción. De esta manera se excluye, al menos dentro del margen de sometimiento a la ley, un ejercicio caprichoso o antojadizo de estas potestades, y se proscriben arbitrariedades tanto de policías como de funcionarios de inmigración.

La existencia misma de legislaciones migratorias genera las condiciones para que, de maneras más o menos laxas o restrictivas, la inmigración sea una posibilidad en los Estados constitucionales democráticos. Por su intermedio se establecen las condiciones bajo las cuales un extranjero puede ingresar y permanecer en otro Estado, debiendo a su vez éste admitir el ingreso o autorizar la permanencia de dicho extranjero si cumple con aquellas condiciones. En la medida que las potestades de control migratorio reciben en los derechos internos el tratamiento de potestades administrativas, los particulares sujetos a su ejercicio debiesen contar con todas las garantías que un particular tiene para impugnar los actos administrativos emanados de las mismas o someterlos al control de los tribunales de justicia. En este sentido, hay buenas razones para plantear que, en la práctica internacional, los Estados reconocen a los extranjeros un derecho a inmigrar siempre que se sujeten al cumplimiento de su legislación interna. Si el proyecto migratorio de un extranjero estuviera condicionado exclusivamente a decisiones antojadizas o arbitrarias ¿qué motivo habría para autoimponerse límites, obligándose a admitir a un extranjero y autorizar su permanencia en el país cuando se cumplan las condiciones establecidas por el propio Estado?

Como mencionamos en su oportunidad, los Estados suelen ser extremadamente reticentes a la hora de asumir cualquier clase de obligación internacional que perciban como una posible afectación a su soberanía en materia de control a la inmigración. De allí que no sorprenda el hecho de que esta estrategia argumentativa no tenga en la actualidad mayor desarrollo ni haya sido planteada en el seno de la comunidad internacional siquiera. No obstante, el reconocimiento de una norma consuetudinaria no demanda que los Estados expresen de modo público y “bien argumentado” que sus conductas se orientan a esa finalidad. Basta que sus conductas integren una práctica general, uniforme y constante, acompañada de la *opinio* correspondiente<sup>493</sup>. Aquello es precisamente lo que a este respecto sucede. Parece existir un consenso o “aceptación” general (universal o global, no únicamente bilateral ni regional) por parte de los Estados al hecho de que estos no pueden sencillamente cerrarse o vetar la movilidad internacional de personas y seguir siendo Estados liberales y democráticos.

---

<sup>493</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, 2005, p. 265.

### 3.4 Los rasgos y alcances del derecho humano a inmigrar

Entre las razones generalmente esgrimidas por quienes descartan el reconocimiento de este derecho se encuentra el hecho que los Estados tienen legítimas competencias para el control de la inmigración hacia su territorio, y el establecimiento de regulaciones, restricciones y condiciones para el ingreso y la permanencia de los potenciales migrantes sería, por alguna razón, incompatible y mutuamente excluyente con un auténtico derecho humano a migrar. Este planteamiento proviene tanto de quienes manifiestan abiertas aprehensiones ante una supuesta “abolición” o “desmantelamiento” de los controles fronterizos, como también de quienes consideran insuficiente o decepcionante que el reconocimiento explícito que algunos Estados han realizado de este derecho coexista con medidas como prohibiciones de ingreso, visados y expulsiones. Para estos últimos, un derecho a inmigrar bajo estos términos no sería más que un derecho “puramente ornamental”, “aspiracional” o una “adición poética”<sup>494</sup>.

El que la discusión se plantee en estos términos resulta a lo menos problemático, puesto que no resulta tan evidente el hecho que control migratorio y derecho humano a migrar sean mutuamente excluyentes y no puedan coexistir en el marco de un Estado constitucional democrático. De hecho, lo habitual (y además plenamente aceptado en el derecho internacional de los derechos humanos) es que “los Estados reglamentan legítimamente el ejercicio de los derechos en función de diferentes aspectos que hacen a la vida social y las necesidades de funcionamiento estatal, aunque dicha reglamentación no puede obstaculizar el ejercicio de los derechos humanos a través de disposiciones irrazonables, arbitrarias o innecesarias”<sup>495</sup>.

Existe un consenso bastante transversal al plantear que los derechos humanos poseen ciertos atributos, cualidades o características propias de su condición, y que les distinguen de derechos de otro carácter. De esta manera, suele afirmarse que los derechos humanos son derechos universales, innatos o inherentes, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, indivisibles, interdependientes y oponibles *erga omnes*<sup>496</sup>. Sin embargo, en este listado no se incluyen como rasgos generalizables

---

<sup>494</sup> ACOSTA, 2018, p. 151.

<sup>495</sup> SALVIOLI, 2020, p. 206.

<sup>496</sup> “En cuanto a las principales características que se predicen de los derechos humanos, se encuentra su carácter de derechos universales, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e indivisibles”. ULLOA CUÉLLAR, 2019, pp. 18-19; “Las cualidades o características que son comunes a todos los derechos humanos son su carácter de innatos o inherentes, necesarios, inalienables, imprescriptibles, oponibles “*erga omnes*”, universales, indivisibles e interdependientes” MANILI, 2017, pp. 7-14; “Los derechos humanos pueden caracterizarse centralmente como inherentes a la personas, universales, indivisibles, interdependientes (o interrelacionados), irrenunciables (o inalienables) y de desarrollo progresivo”, SALVIOLI, 2020, pp. 205-244.

el que los derechos humanos sean en todo caso derechos absolutos e incondicionales, atributos que por alguna razón pretenden adosarse al derecho humano a migrar desde diferentes posiciones argumentativas. Por supuesto que existen derechos que sí lo son, como ocurre con el derecho a no ser víctima de desaparición forzada o el derecho a no ser víctima de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, la generalidad de derechos humanos admite limitaciones, y el ejercicio de varios de ellos está sometido al cumplimiento de determinadas condiciones impuestas por los Estados en el marco del derecho internacional. Este sería precisamente el caso del derecho que aquí nos ocupa.

#### **a) Un derecho limitado y normativamente desarrollado**

Una primera cuestión en la que cabe enfatizar es que, de considerarse un derecho reconocido por el orden internacional, el derecho a inmigrar sería siempre un derecho de carácter limitado. Tal y como plantea David Miller, “lo que las personas necesitan es una libertad de movimiento adecuada, no ilimitada, para proteger los intereses básicos que el derecho a la libre circulación está destinado a proteger”<sup>497</sup>. Como hemos adelantado, aquello no puede significar el ingreso y permanencia incondicional en cualquier país al margen de todo tipo de mecanismos de control. De acuerdo con las reflexiones que han protagonizado la discusión hasta la fecha, inmigrar no podría considerarse un derecho humano. Sin embargo, resulta profundamente llamativo que se ignore el hecho que la generalidad de los derechos humanos admite restricciones y su ejercicio es configurado y desarrollado normativamente.

Cualquier esfuerzo por dar cuenta de un derecho a inmigrar en el derecho internacional debe asumir como premisa básica el que prácticamente no existen derechos absolutos e ilimitados (con la excepción del derecho a no ser víctima de desaparición forzada y el derecho a no ser sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes por mencionar un par casos paradigmáticos que constituyen normas de *ius cogens*), y que, por el contrario, los Estados pueden restringirlos y configurar los cauces institucionales para su ejercicio. El fundamento central para justificar la limitación a los derechos fundamentales es que ésta es necesaria 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 aras del interés general<sup>498</sup>.

---

<sup>497</sup> MILLER, 2007, p. 206; MILLER, 2016b, p. 52.

<sup>498</sup> SALGADO, 2017, p. 207.

Los principales instrumentos internacionales contemplan la posibilidad de que los derechos en ellos consagrados estén sometidos a límites<sup>499</sup>, sin que aquello coloque en duda su vocación de instrumentos garantistas<sup>500</sup>. Estos no son identificables exclusivamente a partir de la norma del derecho individualmente considerada, sino que también a partir del propio sub-sistema jurídico de derechos fundamentales, del sistema jurídico en general, o incluso a partir de un caso concreto<sup>501</sup>. Puede tratarse de límites de carácter formal, es decir habilitadores o competenciales, o también límites materiales o de contenido, que se encuentran en cada derecho como límites abstractos con destinatarios generales<sup>502</sup>.

El derecho humano a inmigrar debería considerarse un derecho limitado en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, del mismo modo que múltiples otros derechos lo están sin que a consecuencia de ello se desconozca su carácter de *ius* fundamental<sup>503</sup>. Este solo podría concebirse sujeto a límites formales y materiales. Estaría sujeto a los primeros en la medida que el derecho internacional habilita a los legisladores a determinar las condiciones dentro de las cuales es posible para un extranjero ingresar y permanecer en el territorio de un Estado. Estaría también sujeto a los segundos considerando que el derecho a la libre circulación tiene sus propios límites específicos, recogidos en cada instrumento internacional en virtud de su concreta consagración. Prácticamente todos los tratados internacionales que consagran el derecho a la libre circulación, en sus distintas dimensiones, prevén también su limitación en atención a determinadas causales tasadas, aunque considerablemente indeterminadas<sup>504</sup>.

---

<sup>499</sup> No solo en cada norma específica de derechos humanos, sino que también a través de disposiciones con aplicación general, como ocurre con el artículo 29.2 de la DUDH que establece: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

<sup>500</sup> AGUIAR DE LUQUE, 1993, p. 12.

<sup>501</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1995, pp. 590-591.

<sup>502</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1995, pp. 596 y 600.

<sup>503</sup> Por ejemplo, nadie desconoce el carácter de derecho humano del derecho a la libre iniciativa económica, pese a que se trata de uno de los derechos más intensamente sometido de regulaciones y restricciones, por ejemplo, para salvaguardar el medio ambiente. Nadie tampoco desconoce el carácter de derecho humano del derecho de asociación, en circunstancias que no todo fin asociativo es considerado lícito por los ordenamientos jurídicos, y existen asociaciones ilícitas proscritas y perseguidas por los sistemas de persecución penal. Lo mismo podría plantearse de muchos otros derechos básicos.

<sup>504</sup> Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 12.3: “Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas 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”; otro ejemplo es la Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, artículo 22.3: 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

Cuando la movilidad humana puede llegar a impactar auténticamente en bienes jurídicos como la salud pública o la prevención de la criminalidad, por ejemplo, existen razones legítimas por las que un Estado adopte medidas de control tendientes a restringir el ingreso de un extranjero en su territorio. Sin embargo, en la medida que el control migratorio constituye una limitación decisiva a una libertad básica, no puede entenderse éste como el ejercicio de una supuesta potestad discrecional de los gobiernos, sino que como una institución reglada y cuyo ejercicio debiese encontrarse expresamente justificado<sup>505</sup>.

El que los derechos fundamentales admitan restricciones es evidente si con ello se quiere indicar que al amparo de éstos sus titulares no puedan hacer, usando la expresión de Prieto Sanchís, “lo que les venga en gana”<sup>506</sup>. El legislador tiene una doble función en el ámbito de los derechos fundamentales: la de limitación y la de conformación de los derechos fundamentales<sup>507</sup>, entendida esta última en el sentido de configurar las condiciones para su ejercicio<sup>508</sup>. A través de la configuración legislativa de cada derecho, el legislador establece el cómo, cuándo y con qué fin se ejerce. Este sería precisamente el caso de un derecho a inmigrar fundado en la libre circulación, que además se encontraría sometido a restricciones derivadas del reconocimiento internacional de las potestades de control migratorio y fronterizo.

**b) Un derecho cuyo ejercicio está sujeto a condiciones compatibles con la protección internacional de los derechos humanos**

En segundo lugar, habría de considerarse el derecho a inmigrar como un derecho cuyo ejercicio se encuentra condicionado. Precisamente a través de la configuración legislativa, los Estados pueden establecer las condiciones bajo las cuales un extranjero puede ingresar y permanecer en su territorio, sin que por ello pueda descartarse la existencia de un derecho a inmigrar *prima facie*. Esta es una cuestión que ha sido planteada en estos mismos términos por el Comité de Derechos Humanos, al sostener que el consentimiento de los Estados para la entrada al país, como para la permanencia en él, e incluso para el tránsito, puede otorgarse con sujeción a determinadas condiciones relacionadas con la circulación, la residencia o el empleo, por ejemplo<sup>509</sup>. La Relatoría

---

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.

<sup>505</sup> VELASCO, 2016, pp. 296-297.

<sup>506</sup> PRIETO SANCHÍS, 1990, p. 62

<sup>507</sup> HÄBERLE, 2003, pp. 169-169.

<sup>508</sup> SALGADO, 2017, p. 224.

<sup>509</sup> Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, 1986, párrafo 6.

sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado en este sentido<sup>510</sup>.

El ejercicio condicionado de un derecho, con el objeto de amparar un interés superior, no es una anomalía en el derecho internacional. Diversos instrumentos internacionales contemplan condiciones para el ejercicio de derechos, o habilitan a los Estados para hacerlo, sin que por ello se les desconozca el carácter de derecho fundamental. Así, por ejemplo, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia está doblemente condicionado. Está condicionado, por una parte, al hecho de haber alcanzado una cierta edad para ello y al cumplimiento de las demás condiciones requeridas para ello por las leyes internas<sup>511</sup>. Está además condicionado en la medida que de su reconocimiento no se deriva la obligación de nadie de casarse con la persona que invoca el derecho, por lo que su ejercicio pleno depende de la formación de consentimiento con otra persona en orden a contraer matrimonio. Sin embargo, su reconocimiento cumple el rol de imponer al Estado la obligación de poner el ordenamiento jurídico al servicio de la pretensión protegida, de modo que ésta sea al menos realizable<sup>512</sup>.

El ejercicio de otros derechos con consagración en instrumentos internacionales se encuentra igualmente condicionado. El derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete está condicionado al hecho que el inculcado no comprenda o no hable el idioma del tribunal<sup>513</sup>, y el derecho de toda persona a tener la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació está condicionado al hecho de no tener derecho a ninguna otra<sup>514</sup>. De igual modo, entonces el derecho a ingresar y permanecer en el territorio de cualquier Estado está supeditado al cumplimiento de condiciones fijadas por los derechos internos, que en un Estado constitucional democrático excluye el establecimiento de condiciones discriminatorias o arbitrarias.

Como puede advertirse a partir de lo aquí señalado, plantear el reconocimiento de un derecho a inmigrar significaría considerarlo siempre un derecho, en mayor o menor medida, condicionado<sup>515</sup>. En efecto, en la medida que un extranjero ingrese al país por un paso habilitado,

---

<sup>510</sup> Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, 2003, párrafo 100: “(...) otros derechos están condicionados al estatus de migrante documentado, como los referidos a la libertad de movimiento y permanencia”.

<sup>511</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 23.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículos 17.2.

<sup>512</sup> VELASCO, 2016, p. 294.

<sup>513</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, artículo 8.2 a).

<sup>514</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, artículo 20.2.

<sup>515</sup> En el derecho comparado hay Estados que exigen el cumplimiento de condiciones más exigentes en algunos casos, y otros Estados que exigen el cumplimiento de condiciones menos exigentes también.

y bajo el control habitual de los organismos públicos competentes (extranjería, seguridad, aduaneros y fitosanitarios), habría de reconocerse por parte del Estado sus derechos a residir y permanecer en el país durante el tiempo autorizado, regularizar su estada cuando alguno de los requisitos para su permanencia se dilate en el tiempo, y a un tratamiento jurídico igualitario en relación a los propios nacionales del Estado en cuestión<sup>516</sup>.

El condicionamiento para el ejercicio de este derecho ha sido considerado en ocasiones, equivocadamente a nuestro juicio, como una cuestión de titularidad de derechos<sup>517</sup>. Esto no puede invocarse como una razón para desconocer su eventual carácter de derecho fundamental puesto que, como ya adelantamos, los Estados también gozan del derecho a establecer condiciones para el ejercicio de otros derechos sin que por ello se les niegue el carácter de tales. La admisión de un extranjero que cumple con aquellas exigencias jurídicamente establecidas debe interpretarse como una manifestación del ejercicio de un derecho, y no de una mera concesión arbitraria del Estado en cuestión. De interpretarse como lo segundo, no tendría sentido el establecimiento de dichas condiciones y la autolimitación que ello supone para el ejercicio de potestades estatales. Dicho de otro modo, la existencia de una legislación migratoria no tendría en sí misma sentido.

Esto significa que el contenido del derecho a inmigrar involucra una exigencia a los Estados de colocar al servicio de la libre circulación una institucionalidad dirigida a hacer al menos realizable el ingreso y la permanencia de un extranjero en su territorio, supeditando el proyecto migratorio de una persona al cumplimiento de las exigencias impuestas por éstos. Dicho de otro modo, el reconocimiento de este derecho exigiría a los Estados hacer jurídicamente posible la libre movilidad internacional, garantizando *ex ante* a los interesados que su admisión y la decisión de su permanencia no estarán sometidas al mero capricho o antojo de la autoridad, sino que a condiciones preestablecidas cuyo cumplimiento vincula al poder público en virtud del principio de juridicidad, y que en caso de cumplirse, permitirían concretar un proyecto migratorio.

---

<sup>516</sup> DÍAZ TOLOSA, 2016a, p. 195.

<sup>517</sup> Por ejemplo, se ha señalado que “la titularidad del derecho a ingresar y permanecer en un país distinto al de su nacionalidad está reservada a aquellos extranjeros que cumplan con los requisitos de entrada y permanencia de los Estados” (BONET PÉREZ, 2003, p. 28). Se ha planteado que estaríamos en presencia de un derecho fundamental de titularidad restringida, que correspondería exclusivamente a aquellas personas que ingresen o permanezcan en el territorio de un Estado extranjero de conformidad a su propia legislación. Todos los seres humanos son potenciales titulares del derecho a inmigrar, en la medida que se sujeten al cumplimiento de las condiciones impuestas por cada Estado. De esta manera, no es posible plantear que se trata de un derecho de titularidad restringida, lo que significaría realizar un juicio *ex ante* sobre esta cuestión. El derecho humano a migrar sería igualmente un derecho de titularidad universal.



**c) Un derecho cuyo reconocimiento no supone la abolición de los mecanismos de control migratorio**

El que sostengamos, como hemos hecho hasta ahora, que el derecho a inmigrar (en la eventualidad de un reconocimiento) tendría en el derecho internacional el carácter de limitado y condicionado en su ejercicio por los Estados, es justamente el tipo de consideraciones que genera suspicacias entre quienes aspiran a un alcance impracticable del mismo. Como advertimos en su oportunidad, estas voces plantean que un reconocimiento de estas características es inocuo, poético, o meramente simbólico, sin un verdadero impacto en el diseño y la implementación de las políticas de control migratorio de los Estados. Aquellas se han valido de la experiencia de Estados que han reconocido el derecho a inmigrar en sus ordenamientos internos, en que esto no ha sido obstáculo para la continuidad de políticas de control restrictivas y en muchos casos lesivas de los derechos humanos de las personas migrantes.

Sin embargo, estas voces se equivocan al plantear que dichas prácticas estatales demuestran la inocuidad de un derecho humano a inmigrar planteado en los términos que hemos expuesto. Es efectivo que los Estados suelen extralimitarse indebidamente en la configuración y ejercicio de sus potestades de control migratorio: imponer prohibiciones de ingreso discriminatorias o expulsar a extranjeros sin un debido proceso, por ejemplo. Sin embargo, la causa de estos abusos no radica en el carácter meramente aspiracional de este derecho, sino en la evidente incoherencia interna de los Estados que proclaman una serie de principios orientadores de su actuar, obligándose a una serie de compromisos internacionales, que sin embargo, no aplican cuando se trata de las personas migrantes. En consecuencia, se trata más bien de un problema de falta de implementación efectiva de derechos, y no tanto de la irrelevancia de su consagración bajo el vigente esquema de soberanía estatal<sup>518</sup>.

Reconocer un derecho a migrar, incluyendo el inmigrar, no consistiría en agregar un derecho más a una larga lista de derechos como consideran quienes se inquietan con una “inflación” de los catálogos; más bien, se trataría de una medida en orden a fomentar el respeto por los derechos humanos existentes<sup>519</sup>. No solo derechos que forman parte de la libre circulación como ya hemos referido. El ejercicio de otros derechos como el derecho al trabajo, o el derecho a un nivel de vida adecuado se vería también favorecido. Desde nuestra perspectiva el reconocimiento del derecho

---

<sup>518</sup> PERROUCHOUD, 2012, p. 129.

<sup>519</sup> PÉCOUD y DE GUCHTENEIRE, 2011, p. 76.

humano a inmigrar contribuiría a ello, acarreando consecuencias para los Estados contemporáneos en al menos dos planos: uno “simbólico” y otro “práctico”.

Desde el plano “simbólico”, no hay duda que un pronunciamiento de derechos humanos como este constituye una señal asertiva de la importancia de las libertades identificadas y aclamadas en la formulación del derecho de que se trate, en este caso, de la libertad de inmigrar<sup>520</sup>. Además, y como advirtió Uruguay en su Informe Inicial ante el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, el reconocimiento de un derecho de estas características “reflejaría la independencia en términos conceptuales del estatus migratorio de un extranjero y su estatus de ser humano, que es muy superior a cualquier otro estatus<sup>521</sup>”. Pondría, por lo tanto, “en evidencia que la dignidad de la persona humana no debe ser lesionada por la irregularidad de la entrada o permanencia”<sup>522</sup>.

El derecho a la movilidad puede servir en este sentido como un estímulo, no solo para elaborar políticas migratorias más justas, sino también para cuestionar los fundamentos morales, culturales y políticos de las prácticas contemporáneas<sup>523</sup>. También serviría para impactar indirectamente en la interpretación y aplicación de la legislación interna de los Estados, cada vez que se emplee la directiva de interpretación conforme a los derechos humanos para resolver acerca del sentido y alcance de alguna disposición legislativa que involucre el ejercicio de derechos de las personas migrantes en su relacionamiento con el poder público o con otros particulares<sup>524</sup>.

Desde el plano “práctico”, resulta interesante plantearse cuáles serían las consecuencias del reconocimiento del derecho humano a inmigrar en el diseño e implementación de las políticas de control migratorio de los Estados. Para ello debemos tener presente que, según revisaremos en el cuarto capítulo, tanto las políticas de fronteras enteramente cerradas como enteramente abiertas

---

<sup>520</sup> SEN, 2009, p. 376.

<sup>521</sup> Informe Inicial de Uruguay ante el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales sobre el Informe Final del Uruguay, 2013, párrafo 155.

<sup>522</sup> Informe Inicial de Uruguay ante el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observaciones Finales sobre el Informe Final del Uruguay, 2013, párrafo 155.

<sup>523</sup> PÉCOUD y De GUCHTENEIRE, 2011, p. 82.

<sup>524</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 511. A través de lo que el autor denomina “interpretación desde los derechos” sostiene que asegurar el pleno respeto por éstos, exige que marquen la pauta en la interpretación de todo el resto del ordenamiento jurídico. Los derechos se posicionan como criterios, guías y límites a cualquier interpretación jurídica. La interpretación desde los derechos supone una *proyección* de las normas de derechos fundamentales (de derecho interno en su análisis, pero plenamente replicable respecto de las normas de derecho internacional a través de directivas interpretativas como la “interpretación conforme” a la CADH) sobre las restantes normas jurídicas. De este modo, se logra asegurar que los significados que se atribuyan durante la actividad interpretativa a las normas jurídicas de los distintos sectores del ordenamiento siempre promuevan el ejercicio de los derechos y no atente contra ellos.

han de excluirse por los problemas que involucran a la luz de las ideas de autodeterminación política y principios de justicia básicos. En consecuencia, resultaría plausible abordar el impacto del reconocimiento de un derecho humano a inmigrar preguntándose si éste exigiría a los Estados optar por una política de fronteras generalmente cerradas con inmigración en casos calificados o de fronteras generalmente abiertas con exclusiones en casos calificados.

El reconocimiento del derecho a inmigrar supondría inclinar la balanza hacia la segunda opción, imponiendo a los Estados un estándar más exigente a la hora de ejercer sus potestades de control sobre la inmigración. Demandaría de ellos desvirtuar la autorización *a priori* de ingreso y permanencia, a la hora de prohibir el ingreso de un extranjero, de negarle un visado determinado, o de expulsarlo del país. Supondría, por lo tanto, invertir las lógicas bajo las cuales muchos Estados ejercen actualmente sus competencias para el control migratorio, sin que ello implique mutilarlas o desvirtuarlas<sup>525</sup>.

Así ha sido advertido en el reciente estudio de Feddersen, Pascual y Rodríguez-Atero, quienes han planteado que la consagración explícita del derecho humano a migrar en las modernas legislaciones migratorias de la región ha contribuido a restringir el actuar de la autoridad administrativa, favoreciendo salvaguardas procesales que demandan una mayor justificación de las decisiones desfavorables para las personas migrantes<sup>526</sup>. De esta manera, 11 de los 19 países examinados han establecido procedimientos para la adopción de decisiones en frontera, limitando su discrecionalidad y adecuándose a los estándares internacionales vigentes. Por ejemplo, se han establecido procedimientos para resolver y para cuestionar las decisiones de admisibilidad que se adoptan en frontera<sup>527</sup>.

#### **IV. Principales estándares internacionales para el ejercicio del control migratorio**

Como es posible advertir a partir de lo dicho hasta ahora, la discusión acerca de la existencia de un derecho humano a migrar “en sentido fuerte” es intensa, y tal como hemos planteado, existe aún una gran resistencia de los Estados a abrirse explícitamente al reconocimiento y protección de este derecho, pese a la posibilidad de un alcance limitado y condicionado que también hemos desarrollado previamente. En este entendido, ha quedado claro que cuando se trata de hablar de

---

<sup>525</sup> Este es un punto que será abordado con mayor detalle en el último capítulo de este trabajo, donde aterrizaremos el marco jurídico internacional identificado en estas páginas a instituciones concretas del control migratorio como las exclusiones migratorias y la expulsión del país.

<sup>526</sup> FEDDERSEN, PASCUAL y RODRÍGUEZ-ATERO, 2022, p. 64.

<sup>527</sup> FEDDERSEN, PASCUAL y RODRÍGUEZ-ATERO, 2022, p. 61.

dicho asunto existe diversidad de opiniones con argumentos razonables en uno y otro sentido, que pueden ser atendibles.

Sin embargo, existe un conjunto de estándares internacionales en materia de control a la inmigración cuya existencia e importancia no admite el mismo desacuerdo, ni la misma discusión. En este sentido podría decirse que cuando hablamos de un derecho humano a migrar “en sentido débil”, afirmando que el derecho internacional ampara y protege la condición migrante de abusos y arbitrariedades estatales, existen muchas menos dudas acerca de su reconocimiento. Con independencia de la postura que se adopte frente al debate que nos ha ocupado en las páginas anteriores, nadie podría desconocer que el derecho internacional convencional y consuetudinario, interpretado y aplicado por los organismos internacionales competentes (tanto en el plano global como regional) ha dado forma a estándares que se han consolidado en la práctica internacional, y que hoy vinculan a los Estados constitucionales democráticos a la hora de decidir sobre el diseño y la implementación de sus políticas de control a la inmigración.

El propósito de esta sección es dar cuenta de dichos estándares, cuya revisión nos ofrecerá elementos sustantivos para reflexionar, más adelante, acerca de los aspectos centrales que debiese adoptar la regulación de instituciones fundamentales del derecho migratorio en un Estado constitucional democrático. No se trata de una tarea sencilla atendiendo el volumen de instrumentos y decisiones de distinta naturaleza, también al interior de distintos órdenes internacionales. Sin embargo, haremos el esfuerzo por ofrecer una mirada lo más sintética y a la vez completa posible. En este entendido, agruparemos dichos estándares como sigue: 1) No discriminación, 2) No devolución (*non refoulement*), 3) Unidad familiar e interés superior de niños, niñas y adolescentes, y 4) Debido proceso y garantías frente a la privación de libertad.

### **1. No discriminación**

Un primer estándar internacional con un significativo impacto en el modo en que los Estados deben diseñar e implementar sus políticas de control migratorio es la no discriminación. El derecho a la no discriminación no es solo un derecho humano con reconocimiento en múltiples tratados internacionales, sino que además es un principio transversal y firmemente arraigado en el derecho internacional consuetudinario. Esto no podía ser de otra forma considerando que se trata de uno de los excepcionalísimos casos en que su aprobación ha contado con el respaldo unánime de todos los

Estados miembros de Naciones Unidas<sup>528</sup>. Todo ello ha contribuido a que en la actualidad exista consenso en sostener que se trata de un principio que ha pasado a integrar el ámbito del *ius cogens*<sup>529</sup>.

Su aplicación en materia de control migratorio es fundamental teniendo en consideración que la sola existencia de medidas tales como la prohibición de ingreso o la expulsión, que resultan exclusivamente aplicables a ciudadanos extranjeros, supone una diferenciación de estatuto en relación a los nacionales. Esto es así, puesto que, de acuerdo al derecho internacional, se ha sostenido que resulta lícito a los Estados diferenciar entre nacionales y extranjeros a propósito del diseño e implementación de sus políticas de control migratorio. Sin embargo, “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”<sup>530</sup>.

Por el contrario, las distinciones deben cumplir las exigencias de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad para la consecución de un objetivo legítimo que han sido desarrolladas en múltiples pronunciamientos de organismos internacionales<sup>531</sup>. En consecuencia, hay un margen de diferenciación permisible, el que puede servir a intereses legítimos para el Estado de acuerdo al derecho internacional. El TEDH ha sostenido que los Estados gozan de “cierto margen de apreciación al valorar, sí y hasta qué grado, diferencias en situaciones que de otro modo serían similares, justifican una diferencia de trato en la ley, pero corresponde a la Corte dar la decisión final en este respecto”<sup>532</sup>. Sin embargo, la carga de acreditar la justificación de un trato diferenciado

---

<sup>528</sup> CHETAIL, 2019, p. 148.

<sup>529</sup> La Corte Interamericana ha considerado que éste es un principio que pertenece al *ius cogens*, en la medida que sobre él y otros principios descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional, siendo un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 18, 2003, párrafo 101.

<sup>530</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 2003, opinión 11.

<sup>531</sup> Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos, sobre no discriminación, 1989, párrafo 13. Recomendación General N° 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre la discriminación de los no ciudadanos, 2005, párrafo 4. CHETAIL, 2019, p. 148. En el ámbito europeo, el TEDH ha sostenido que una diferencia de trato será discriminatoria si “no tiene un objetivo y una justificación razonable”, por ejemplo, si no persigue un “fin legítimo” o si no hay una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado”. Así, por ejemplo, en Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido, las denunciadas fueron capaces de mostrar que la razón argumentada por el Reino Unido para distinguir entre hombres y mujeres (que ellas tenían un efecto diferente sobre el mercado laboral) no estaba basada en hechos reales. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido, 1985, párrafos 65, 71-72.

<sup>532</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Inze v. Austria, 1987, nota al pie n° 60, párrafo 41.

recae en el Estado. Si no logra acreditarla, corresponderá considerar el trato diferenciado como una discriminación arbitraria, y como tal, un acto ilícito<sup>533</sup>.

En la práctica del control migratorio, el principio de no discriminación exige a los Estados, por un lado, abstenerse de adoptar leyes o políticas discriminatorias y, por otro, asegurarse de que las decisiones tomadas por los agentes de inmigración en casos individuales no resulten en discriminación<sup>534</sup>. En cuanto a lo primero, ello supone prohibir a los Estados denegar el ingreso de extranjeros basado en “categorías sospechosas”, tales como la raza o la etnia, el color, el idioma, la religión o la creencia, el sexo, la identidad de género, la orientación sexual, la edad, el estado civil, el origen social o nacional, la opinión política o de otra índole, la posición económica o cualquiera otra condición social<sup>535</sup>. En cuanto a lo segundo, la vigencia de este principio exige que quienes resuelven caso a caso sobre el ingreso o la permanencia de un extranjero (funcionarios policiales o de inmigración), lo hagan sin discriminar arbitrariamente. Esto es especialmente relevante, puesto que las expresiones utilizadas en la legislación migratoria para autorizar a la autoridad a denegar el ingreso al país, denegar o revocar un visado, o expulsar a un extranjero, están en muchos casos planteadas en términos excesivamente amplios e indeterminados, lo que frecuentemente somete a las personas migrantes a decisiones arbitrarias de la autoridad<sup>536</sup>.

Sobre este último punto, por ejemplo, en el ámbito europeo el artículo 6º del Código de Fronteras *Schengen* establece expresamente que “en la realización de inspecciones fronterizas, la guardia de fronteras no discriminará a las personas por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Se han llegado a plantear algunos casos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el de una mujer musulmana a la que se obligó a quitarse el velo para realizar el control de identidad<sup>537</sup>, o un *sij* al que se le instó

---

<sup>533</sup> Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Darby v. Suecia*, 1990, párr. 33, resuelve que el Estado demandado no argumentó que la diferencia de trato entre residentes y extranjeros no residentes para los fines de un impuesto religioso tenía un objetivo legítimo.

<sup>534</sup> “Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 2003, párrafo 89.

<sup>535</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, 2012, pp. 114-115. Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos sobre la no discriminación, 1989, párrafo 7.

<sup>536</sup> Expresiones tales como “seguridad nacional”, “orden público” o “moralidad pública” están frecuentemente presentes en las legislaciones migratorias.

<sup>537</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Phull v. Francia*, 2005.

a quitarse el turbante para efectuar el control de seguridad del aeropuerto<sup>538</sup>, aunque en ambos casos el Tribunal no consideró que se vulnerase el derecho a la libertad religiosa consagrado en el artículo 9º de la Convención.

Otra cuestión de gran importancia para la cual la aplicación de este principio resulta fundamental es el tratamiento de los Estados a la inmigración irregular. A este respecto, el principio básico es que “el deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado”<sup>539</sup>. Por lo tanto, toda diferenciación realizada entre extranjeros en condición migratoria regular e irregular debe estar debidamente justificada. Así se ha resuelto tanto en el ámbito interamericano como europeo, cuando se ha sostenido que los Estados no pueden discriminar contra los migrantes o permitir que sean discriminados, pero pueden establecer diferencias de trato entre migrantes autorizados o documentados y no autorizados o indocumentados, siempre que sean razonables, objetivas, proporcionales y no lesionen los derechos humanos<sup>540</sup>.

## **2. No devolución (*non refoulement*)**

El principio de no devolución (o *non refoulement*) consiste, en lo medular, en que se encuentra prohibido absoluta e ineludiblemente a los Estados devolver a una persona a su país cuando esa devolución pueda exponerla a una violación grave de sus derechos humanos<sup>541</sup>. De este modo, se prohíbe cualquier forma de envío forzoso de una persona (expulsión, deportación, devolución, retorno, extradición, etcétera) cuando ésta pueda ver afectada su vida o integridad física en el país al cual es enviada<sup>542</sup>. La expulsión o devolución no solo debe evitarse hacia el país de la nacionalidad o de residencia habitual de la persona, sino que la protección es aplicable frente a la expulsión o devolución a cualquier país donde el riesgo exista<sup>543</sup>. Además, el Estado que decida devolver a una persona no debe solo asegurarse que no será sujeta a vulneración de sus derechos

---

<sup>538</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *El Morsli v. Francia*, 2008.

<sup>539</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, 2005, párrafo 155.

<sup>540</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva N° 18*, 2003, párrafo 118: “(...) la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que los Estados respeten y garanticen el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que (...) dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio”. En el ámbito europeo, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Moustaquim v. Bélgica*, sentencia del 18 de febrero de 1991.

<sup>541</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, 2012, p. 102.

<sup>542</sup> CERIANI CERNADAS, 2009b, p. 198.

<sup>543</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-21/14*, 2014, párrafo 237.

en el país al que es remitida, sino que, además, debe cerciorarse que ese segundo Estado no enviará a la persona a otro país en que pueda ser tratada de forma inhumana o degradante<sup>544</sup>.

La Convención para el Estatuto de los Refugiados de 1951 fue el primer tratado internacional que impuso a los Estados restricciones a su derecho de admisión, restringiendo su derecho a devolver extranjeros no admitidos en su territorio. En efecto, el artículo 33 de este tratado obliga a los Estados a no devolver a una persona que llega a su frontera buscando refugio cuando su vida o libertad estén amenazadas. Por lo tanto, el origen de este principio se encuentra en el derecho internacional de los refugiados. Sin embargo, su evolución ha desbordado el ámbito del refugio para incorporarse al derecho internacional migratorio, restringiendo el derecho de devolución de que gozan los Estados con independencia de las causas del desplazamiento<sup>545</sup>. Esta expansión del ámbito de aplicación de la no devolución puede considerarse una consecuencia de aquello que se ha denominado “protección complementaria”, “protección subsidiaria”, “protección humanitaria” de aquellas personas que, si bien no reúnen los elementos para ser consideradas refugiadas o solicitantes de asilo, sí presentan alguna necesidad de protección internacional<sup>546</sup>.

En la actualidad, se trata de un principio con reconocimiento también en otros instrumentos internacionales, como la Convención contra la Tortura<sup>547</sup>, la Convención contra las Desapariciones Forzadas<sup>548</sup>, la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>549</sup> o la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>550</sup>, por mencionar algunos. El deber de los Estados de respetar este principio se ha reafirmado también en instrumentos de *soft law* de reciente data, tales como la

---

<sup>544</sup> CERIANI CERNADAS, 2009b, p. 200. La práctica estatal da cuenta que los Estados consideran la devolución si reciben las correspondientes garantías diplomáticas de que la persona no será sujeta a violaciones graves de sus derechos humanos. Esta práctica atenta contra el principio de no devolución cuando no va acompañada de mecanismos jurídicamente eficaces de control del cumplimiento de dichas garantías. PÉREZ GONZÁLEZ, 2012, p. 111-114.

<sup>545</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, 2012, p. 103. En el caso Familia Pacheco Tineo, la Corte Interamericana resolvió que si se complementan las normas de la CADH 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 a los asilados y refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país que se encuentre. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Familia Pacheco Tineo v. Bolivia, 2013, párrafo 135.

<sup>546</sup> La Corte Interamericana ha definido a la protección complementaria como “toda protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la ampliada, consistente, principalmente, en no devolverlo al territorio de otro país, en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas. Su fundamento se hallaría en el artículo 22.8 de la Convención. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, 2014, párrafo 217.

<sup>547</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984, artículo 3.

<sup>548</sup> Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 2006, artículo 16.

<sup>549</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 22.8.

<sup>550</sup> Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985, artículo 13.



Declaración de Nueva York para los Migrantes y Refugiados del año 2016, como el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular del 2018, y el Pacto Mundial sobre Refugiados<sup>551</sup>. Ahora bien, esto último no obsta a que el principio de no devolución no debe considerarse una norma de *soft law*, sino que derecho positivo que deja constancia de su carácter vinculante y obligatorio<sup>552</sup>.

Se sostiene que el principio de no devolución ha devenido en derecho internacional consuetudinario, para pasar a integrar luego la esfera del *ius cogens*, tratándose en consecuencia de un principio imperativo e inderogable para los Estados<sup>553</sup>. Esta afirmación se ha basado en tres razones. En primer lugar, el reconocimiento convencional de este principio es en el derecho internacional contemporáneo una práctica generalizada y suficientemente representativa de la comunidad internacional: más del 90% de los Estados Miembros de Naciones Unidas han suscrito por lo menos un tratado que respalda explícitamente el principio de no devolución, existiendo excepcionalísimos casos de reservas planteadas sobre este. En segundo lugar, entre los escasos Estados que no han ratificado alguno de estos instrumentos internacionales, ninguno ha afirmado tener el derecho incondicional de devolver a una persona cuando existe para ella un riesgo real de persecución o grave violación de los derechos humanos. Por último, su naturaleza de derecho consuetudinario ha sido manifestada en múltiples declaraciones internacionales oficiales<sup>554</sup>.

Es así como la jurisprudencia interamericana y europea, han determinado la ilicitud de medidas tales como la denegación de entrada, la expulsión o la extradición, que suspenden el principio de no devolución invocando razones de seguridad o de mantenimiento del orden público<sup>555</sup>. Este principio es simplemente un medio para salvaguardar la integridad física del individuo, y proteger adecuadamente su derecho a la vida y a no ser torturados o sufrir tratos inhumanos o degradantes<sup>556</sup>. En consecuencia, se exige a los Estados asegurarse que su decisión de devolver a un extranjero no

---

<sup>551</sup> CHETAIL, 2019, p. 190.

<sup>552</sup> SOLANES CORELLA, 2020b, p. 35.

<sup>553</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, 2012, p. 102 y p. 107; BROWNLIE, 2008, p. 511; SHAW, 2008, p. 124.

<sup>554</sup> Por ejemplo, declarando en nombre de la Unión Europea y de otros trece Estados (incluida Turquía), Bélgica declaró el año 2001 que “el principio de no devolución había sido durante mucho tiempo parte del derecho internacional consuetudinario”. CHETAIL, 2019, pp. 120-122.

<sup>555</sup> Desde la sentencia dictada en el asunto Soering v. Reino Unido, del 7 de julio de 1989, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado la disconformidad de medidas estatales como la inadmisión o la expulsión cuando, inaplicando el principio de no devolución, se someta a una persona a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, infringiendo el artículo 3 del Convenio Europeo. En el ámbito interamericano: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Wong Ho Wing v. Perú, 2015, párrafos 127, 128 y 136; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21-14, 2014, párrafo 226.

<sup>556</sup> PERROUCHOU, 2012, p. 134.

afectará en forma alguna su derecho a no ser sometido a tortura, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>557</sup>. Esta exigencia se incumple, por ejemplo, cuando se adoptan prácticas como devoluciones sumarias o “en caliente”, es decir, aquellas que se materializan de manera inmediata durante o tras un ingreso clandestino flagrante, impidiendo la identificación de quienes podrían requerir protección internacional e imposibilitando su acceso a los procedimientos de asilo<sup>558</sup>.

En ambos sistemas regionales de protección de los derechos humanos se han fijado criterios para determinar la legitimidad de decisiones estatales de control migratorio cuando la persona involucrada alegare que, dado su estado de salud y las condiciones existentes en su país de origen, su vida e integridad física correrían serio riesgo. La CIDH ha sostenido, por ejemplo, que “la expulsión o devolución de una persona podría considerarse violatoria de las obligaciones internacionales, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o deterioro grave de la salud de esta, o incluso, cuando pueda derivar en su muerte<sup>559</sup>”. En el caso en que la devolución redunde en dicha afectación, “(...) puede considerarse una forma de castigo severo y sería violatoria de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura<sup>560</sup>”. En ambos sistemas, esta última cuestión se ha planteado a propósito de la expulsión de personas que viven con el VIH, padeciendo de un estado avanzado de dolencia sin posibilidad de continuar su tratamiento en el país de origen<sup>561</sup>.

También se ha abordado la especial aplicación del principio de no devolución a niños, niñas y adolescentes migrantes. Para estos casos, la CIDH ha sostenido que la devolución solo podrá contemplarse, en principio, si redunde en su interés superior, por lo que se encuentra prohibida

---

<sup>557</sup> CERIANI CERNADAS, 2009b, p. 198. A partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>558</sup> SOLANES CORELLA, 2020a, pp. 815-816.

<sup>559</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, 2014, párrafo 229; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vera Vera y otra v. Ecuador, 2011, párrafo 43. En el mismo sentido, la Comisión Interamericana ha planteado que “(...) el parámetro aplicable consistirá en determinar si la deportación creará penurias extraordinarias a la deportada y su familia, hasta el punto de equivaler a una sentencia de muerte, habida cuenta de dos aspectos fundamentales: la disponibilidad de atención médica en el país receptor; y la disponibilidad de servicios sociales y apoyo, en particular, la presencia de parientes cercanos”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Andrea Mortlock v. Estados Unidos, 2008, párrafos 91.

<sup>560</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Andrea Mortlock v. Estados Unidos, 2008, párrafos 78, 85.

<sup>561</sup> En el Sistema Interamericano, se planteó a propósito del Caso Andrea Mortlock v. Estados Unidos, en el cual la afectada se encontraba bajo amenaza de deportación y ello significaba la privación de medicamentos vitales para el tratamiento del VIH en su país de origen. En el Sistema Europeo, se planteó a propósito del Caso D. v. Reino Unido, al considerar las circunstancias excepcionales del caso y sus elementos humanitarios, al tratarse de una persona en un estado terminal de la enfermedad y sin opción de recibir tratamiento médico en su país.

cuando produce un “riesgo razonable” de traducirse en una violación de los derechos humanos del niño o niña. Aquí también se ha optado por una comprensión más amplia del principio de no devolución, sin restringirla exclusivamente frente a una amenaza de violaciones de derechos humanos como la afectación directa de la vida o la integridad física a través de la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes; también cabe exigir a los Estados la no devolución de niños, niñas y adolescentes frente a la amenaza de violaciones de derechos humanos tales como “la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”<sup>562</sup>. Este último punto se relaciona directamente con el estándar que a continuación pasaremos a revisar.

### **3. Unidad familiar e interés superior de niños, niñas y adolescentes**

La protección a la familia y el derecho humano a la vida familiar tienen un manifiesto reconocimiento en el derecho internacional convencional<sup>563</sup>, a partir del cual se ha interpretado la existencia de un deber implícito de los Estados de facilitar la reagrupación de aquellos extranjeros que residen legalmente en su territorio con sus familiares que se encuentran en su país de origen, como también limitar el derecho de expulsión cuando ello hiciese imposible o excesivamente difícil el disfrute de dicho derecho<sup>564</sup>. Fuera de esta construcción interpretativa a partir de distintos instrumentos internacionales, existen Estados que se han vinculado directamente a esta exigencia, a partir de instrumentos específicos que han consagrado explícitamente el derecho a la reunificación familiar de las personas migrantes en condición regular<sup>565</sup>. Respecto a aquellos que no han suscrito convenciones específicas de este tenor, existe un número cada vez mayor de voces que han reconocido la existencia de una norma internacional consuetudinaria que exige a los Estados facilitar la reunificación de la familia más próxima de los migrantes documentados (cónyuge e hijos menores, por lo general)<sup>566</sup>, atendiendo a que la unidad familiar es un fin que debe

---

<sup>562</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, 204, párrafo 231; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6, 2005, párrafos. 26 y 27.

<sup>563</sup> En el ámbito interamericano, por ejemplo, la CADH establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (artículo 17.1), a la vez que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (artículo 19). A su vez, la DADH establece que “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella” (artículo VI), y que “todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales” (artículo VII).

<sup>564</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, 2012, p. 125; CHETAİL, 2019, p. 132.

<sup>565</sup> El Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante ha concedido explícitamente el derecho de inmigrar a cónyuge e hijos menores no casados de un trabajador migrante siempre que éste disponga de una vivienda considerada como normal para los trabajadores nacionales de la región en que está empleado (artículo 12.1).

<sup>566</sup> Se da cuenta de esta cuestión en CHETAİL, 2019, p. 126.

ser protegido por los Estados con independencia de la nacionalidad del grupo familiar, y de su condición de regularidad migratoria.

En la consolidación de este estándar ha cumplido también un rol más que significativo el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, que exige a los Estados tomarlo en consideración primordial al momento de decidir cualquier medida (de toda índole, incluyendo las de control migratorio) que pueda afectar a un niño, niña o adolescente<sup>567</sup>. La unidad familiar ha sido entendida como una exigencia de este principio, lo que, aplicado a las políticas de control migratorio, exige a los Estados facilitar la reunificación de familias dispersas integradas por niños, niñas y adolescentes y evitar las medidas que puedan significar la separación de su grupo familiar<sup>568</sup>. Como ha resuelto la Corte Interamericana, el principio fundamental es que “(...) cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés superior del niño (...) la niña o el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”<sup>569</sup>.

Se ha planteado que, como mínimo, debiera considerarse costumbre internacional la obligación de reunificación de un niño, niña o adolescente con su familia establecida regularmente en otro país, cuando no exista una alternativa razonable para ejercer su vida familiar en otro lugar. Dicha norma de derecho internacional consuetudinario encuentra además apoyo en el derecho internacional humanitario, ya que la obligación de facilitar la reunión de familias dispersas como resultados de conflictos armados está consagrada en los dos Protocolos Adicionales de 1977 de los Convenios de Ginebra<sup>570</sup>. Este es el mínimo común denominador presente en la gran diversidad de

---

<sup>567</sup> Convención de Derechos del Niño, 1990, artículo 3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman v. Uruguay*, 2011, párrafo 125: “El Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”.

<sup>568</sup> La unidad familiar como principio fundamental del tratamiento de los Estados a la Infancia y Adolescencia tiene también consagración explícita en la Convención de Derechos del Niño. Es así como el artículo 9 de dicho tratado establece que “los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...)”. A su vez, el artículo 10 establece que “(...) toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Parte garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares”.

<sup>569</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, 2014, párrafo 273.

<sup>570</sup> Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, artículo 74; Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977 artículo 4.3 b).

legislaciones nacionales sobre reunificación familiar<sup>571</sup>. Incluso en Estados Unidos, único país miembro de Naciones Unidas que no es parte de la Convención de los Derechos del Niño, existe jurisprudencia federal donde se sostiene que el principio del interés superior del niño debe tomarse en consideración en el campo de la inmigración<sup>572</sup>. La práctica estatal es, sin embargo, mucho menos uniforme con respecto a si existe este deber de los Estados en relación con otros parientes dependientes o parejas solteras sin hijos. El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular ha promovido una comprensión ligeramente más amplia de la reunificación familiar, sin limitar su alcance exclusivamente a la niñez y adolescencia migrante<sup>573</sup>.

Respecto al impacto del principio de la unidad familiar en el ejercicio de los distintos mecanismos de control migratorio por parte de los Estados, el Relator sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que éste debe realizarse teniendo en consideración las potenciales afectaciones a la vida familiar de los involucrados, caso a caso, sobre todo cuando la adopción de una medida suponga la separación de la familia<sup>574</sup>. Esto supone sostener que una expulsión que implique la separación de un extranjero de su familia, o incluso una inadmisión que obstaculice la reunificación familiar, exigirá una justificación más contundente del Estado, pues esta medida podría considerarse una interferencia desproporcionada e injustificada en la vida familiar de las personas migrantes.

Este estándar internacional aplicado al ejercicio de potestades de control migratorio ha sido desarrollado tanto en el plano europeo como en el interamericano, especialmente a propósito de decisiones estatales de expulsión de personas migrantes<sup>575</sup>. En términos generales, puede sostenerse que el criterio ha sido la existencia de un estándar de justificación de decisiones estatales más exigente, cuando la medida de expulsión involucre lesionar la unidad familiar. Si dicho

---

<sup>571</sup> CHETAIL, 2019, p. 127.

<sup>572</sup> CHETAIL, 2019, p. 127.

<sup>573</sup> Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, 2018, Objetivo 5, Punto 21, Letra i. Allí se enfatiza la necesidad de “facilitar el acceso a los procedimientos para la reunificación familiar de los migrantes en todos los niveles de habilidades a través de medidas apropiadas que promuevan la realización del derecho a la vida familiar y el interés superior del niño, incluso mediante la revisión de los requisitos aplicables, como los ingresos, el dominio del idioma, la duración de la estadía, autorización de trabajo y acceso a servicios y seguridad social” (Traducción propia).

<sup>574</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de 1999, Capítulo VI, Estudios Especiales, párrafo 21.

<sup>575</sup> También, aunque en mucha menor medida, han existido pronunciamientos acerca de la compatibilidad del derecho a la vida familiar con decisiones de inadmisión. Es el caso conocido por el TEDH, de un niño turco hijo de un extranjero que reside regularmente en el país. En este caso se ha resuelto que el derecho a la vida familiar limita el derecho de admisión que tienen los Estados de acuerdo al derecho internacional, imponiendo un deber de permitir la entrada y residencia de sus familiares. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sen v. Países Bajos, 2001.

estándar no se cumple, cabe considerar a la expulsión una injerencia desproporcionada en la vida familiar, y por tanto una decisión ilícita. En este sentido, se ha resuelto por la Corte Interamericana que una interferencia en la vida familiar solo puede justificarse “para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin<sup>576</sup>”. De igual modo, el Tribunal Europeo ha resuelto que la injerencia en la vida familiar de una persona con ocasión del ejercicio de una potestad de control migratorio solo es justificable en la medida que dicha medida “sea necesaria en una sociedad democrática”, es decir, solo si está justificada por una necesidad social imperiosa y proporcionada al fin legítimo que persigue<sup>577</sup>.

Asociado a la exigencia de dicho estándar más exigente, otro de los criterios jurisprudenciales para definir el alcance del principio de unidad familiar frente al ejercicio de la expulsión como medida estatal ha sido sostener que la sola irregularidad migratoria no es justificación suficiente para subordinar el derecho a la vida familiar a las competencias del Estado para el control de la inmigración. La aplicación de este criterio en el caso de la jurisprudencia europea ha sido esencialmente casuística, oscilando entre una mayor y menor valoración de la vida familiar frente a la potestad expulsora de los Estados, aunque siempre imponiendo límites a esta última, a efectos de equilibrar el interés público e individual en el seno de la sociedad democrática<sup>578</sup>. La Corte Interamericana, por su parte, ha resuelto que, en los casos en que además la expulsión se decreta

---

<sup>576</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, 2000, párr. 166. En el caso *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros v. Estados Unidos*, la Comisión Interamericana desarrolló de manera muy clara el test de equilibrio que debe existir entre el interés legítimo de los Estados y los derechos fundamentales de los migrantes, tales como el derecho a la vida familiar, y la protección especial de la niñez, en el marco de la expulsión. El órgano interamericano consideró que los Estados ciertamente tienen la facultad de expulsar un residente no ciudadano, con base en un legítimo interés, pero que esta potestad debe estar equilibrada a la luz de la debida consideración de los procedimientos de deportación con relación a las conexiones familiares del deportado y las penurias que la deportación puede causar en la familia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros v. Estados Unidos*, párrafos 51 y 53.

<sup>577</sup> En este caso, el TEDH conoció acerca de la compatibilidad del derecho a la vida familiar con una medida de expulsión en contra de una persona migrante que, pese a ser adulta, habitaba el país de acogida desde su niñez o adolescencia. Para justificar la medida de expulsión en un caso como éste, el Tribunal plantea que el Estado debe considerar, entre otras cosas, su situación familiar. En consecuencia, deberá tener presente la duración del matrimonio, el nacimiento de hijos y su edad, y la gravedad de las dificultades con las que puede encontrarse el cónyuge en el país del que es originario el expulsado. CERIANI CERNADAS, 2009b, p. 232.

<sup>578</sup> Así ha resuelto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Rodríguez Da Silva v. Holanda*, 2006, párrafo 44. Mismas consideraciones tiene presente el Tribunal al resolver el caso *Liu y Liu v. Rusia*, en que un extranjero expulsado estaba casado con una nacional de Rusia y tenía dos hijos nacidos en ese país. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Liu Liu v. Rusia*, 2007. Sin embargo, tiempo después en el caso *Omorieg y otros v. Noruega*, el Tribunal aplica un criterio opuesto, entendiendo que la expulsión de un inmigrante nigeriano en condición irregular, casado con una ciudadana noruega y padre de un niño de la misma nacionalidad no supone una afectación de su derecho a la vida familiar. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Darren Omorieg y otros v. Noruega*, 2008, párrafos 53-68.

en contra de uno o ambos padres de un niño o niña nacional del Estado que adopta la medida, la ruptura de la unidad familiar producto de la sola infracción a la legislación migratoria resulta desproporcionada, “pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo”<sup>579</sup>.

#### **4. Debido proceso y garantías frente a la privación de libertad**

Teniendo presente que las normas procedimentales involucradas en el ejercicio de competencias de control migratorio deben proporcionar la suficiente certeza jurídica sobre los derechos que asisten al migrante frente a la autoridad migratoria<sup>580</sup>, el derecho internacional no solo limita sustantivamente las competencias de los Estados en materia de control migratorio, sino que también establece varias garantías de carácter procesal para los extranjeros sujetos al ejercicio de potestades tales como la inadmisión o la expulsión<sup>581</sup>. El riesgo de arbitrariedades al que se enfrentan las personas migrantes frente a medidas tan invasivas como la expulsión, ha llevado a la comunidad internacional a regular explícitamente dichos procedimientos a través del derecho internacional convencional. Tanto el PIDCP<sup>582</sup>, la CADH<sup>583</sup>, o la CTMF incluyen disposiciones cuyo objetivo es, con un mayor o menor alcance<sup>584</sup>, impedir la arbitrariedad en las expulsiones, regulando aspectos tales como la legalidad de la medida, el derecho a defensa, el derecho a la revisión de la medida y la asistencia jurídica<sup>585</sup>. El propio Pacto Mundial para las Migraciones

---

<sup>579</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, 204, párrafo 280. Aquí la Corte además sostuvo que “resulta axiomático que la niña o el niño conserve el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país (aquel respecto del cual es nacional) y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia con sus padres”.

<sup>580</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, 2012, p. 130.

<sup>581</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, 2003, párrafo 119: “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”.

<sup>582</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 13.

<sup>583</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 22.6.

<sup>584</sup> A este respecto, se ha planteado que el alcance de las garantías procesales está circunscrito a ‘extranjeros legalmente en el territorio’ y, por lo tanto, no tienen ningún impacto en el proceso de expulsión de inmigrantes indocumentados. CHETAİL, 2019, p. 138.

<sup>585</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 15, 1986, párrafo 10: “(...) el artículo 13 regula directamente solo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones ‘en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley’, su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias”.

enfatisa en que “el respeto al Estado de Derecho, el debido proceso y el acceso a la justicia son fundamentales para todos los aspectos de la gobernanza de la migración”<sup>586</sup>.

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el principio a partir del cual se han aplicado las disposiciones del artículo 8º de la CADH es que todo procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas debe respetar las garantías mínimas del debido proceso, incluyendo aquellos en que se decide acerca del ingreso o la permanencia de una persona migrante<sup>587</sup>. Esto supone extender el alcance del debido proceso no solo a las decisiones jurisdiccionales, sino que también a las que adoptan las autoridades administrativas en la esfera de su competencia<sup>588</sup>. La Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana ha incluido dentro de los procedimientos en los cuales resultan aplicables estándares mínimos de debido proceso, las exclusiones (inadmisión), las determinaciones y revocaciones de estatus (visado) y las deportaciones (expulsión)<sup>589</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado una interpretación menos amplia del alcance de las garantías del debido proceso a procedimientos referidos al ingreso, la permanencia o la expulsión de migrantes, respecto de los cuales dichas garantías no serían aplicables. El Tribunal Europeo ha sostenido que el artículo 6 del Convenio no es aplicable a los casos relativos a la entrada, residencia y deportación de extranjeros, a diferencia de otros procedimientos administrativos sancionadores en que, bajo ciertas condiciones, sí se han aplicado<sup>590</sup>. Se ha

---

<sup>586</sup> Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, 2018, párrafo 15.

<sup>587</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Baena Ricardo y otros v. Panamá, 2001, párrafo 127: “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”. Además, la Corte ha indicado que las medidas de expulsión o deportación, al ser medidas que requieren de la privación de libertad de la persona, tienen un carácter punitivo sancionatorio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana, 2012, párrafo 164), y por lo tanto no están ajenas al cumplimiento de las normas del debido proceso vigentes en el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Familia Pacheco Tineo v. Bolivia, 2013, párr. 132; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana, 2012, párrafo 157).

<sup>588</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Wayne Smith v. Estados Unidos (informe de admisibilidad), 2006, párrafo 51: “La jurisprudencia del sistema interamericano reconoce que las normas del debido proceso en el marco de los instrumentos del sistema pueden aplicarse, no solo a procesos de carácter penal, sino también a procesos que no revisten ese carácter, para determinar los derechos y obligaciones civiles, laborales o de otra naturaleza, incluidos aquellos procesos no penales contra no ciudadanos”.

<sup>589</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, 2001, párrafo 95: “En todo trámite o procedimiento de índole no penal al que pueda verse sometido un trabajador migratorio, debe regir un cierto *quantum* del debido proceso, debiendo ser debidamente escuchado el interesado por las autoridades previo a la adopción de una decisión por parte de la autoridad pública”. También en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Elías Gattass Sahih v. Ecuador, 2005, párrafo 41.

<sup>590</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Maaouia v. Francia, 2000. Reafirmado en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Makuc v. Eslovenia, 2007. El argumento del TEDH fue que las garantías especiales previstas



planteado que el criterio del Tribunal Europeo es preocupante y doblemente restrictivo del debido proceso. La primera restricción, en razón de la nacionalidad y la segunda, en virtud de la condición migratoria de la persona<sup>591</sup>.

Especialmente al alero del sistema interamericano se han desarrollado una serie de criterios jurisprudenciales en materia de debido proceso migratorio, tanto en general, como aplicados al ejercicio de la potestad expulsora de los Estados, ámbito en el cual pueden lesionarse más intensamente derechos humanos de las personas migrantes. Estos criterios, que se enumeran a continuación, constituyen garantías básicas que deben respetarse en la adopción de medidas de la autoridad migratoria que puedan impactar negativamente en el ejercicio de los derechos humanos.

#### **4.1 Derecho a defensa jurídica**

Un primer criterio que integra el alcance del debido proceso migratorio se refiere al derecho a defensa de las personas migrantes frente a actos desfavorables para sus intereses emanados de la autoridad estatal con competencia en materias de control sobre su ingreso y permanencia en el país. Aplicado a la situación de un extranjero, este derecho involucra la obligación de ser notificado de la decisión de expulsión y sus motivos, de manera expresa y formal, teniendo el derecho a ser oído por la autoridad competente con el objeto de exponer las razones que le asisten en contra de la medida<sup>592</sup>. Para ello, el migrante tiene derecho a ser representado y a contar con la asistencia gratuita de un intérprete en caso de no dominar el idioma oficial del Estado.

La Corte Interamericana también ha indicado la necesidad de que toda persona sometida a un proceso que pueda tener como consecuencia la expulsión o deportación tenga derecho de contar con la asistencia de un abogado defensor, planteando, inclusive, que en estos casos “la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia”<sup>593</sup>. La negativa de la prestación de un servicio público y gratuito de defensa legal a favor de una persona expulsada, en tanto, impediría que se hagan valer sus derechos en juicio, siendo un deber del Estado garantizar el acceso a la justicia que sea efectivo y no solo formal, sino real<sup>594</sup>. Respecto de este último derecho se ha

---

para los procedimientos de expulsión en el artículo 1 del Protocolo N° 7 constituían una *lex specialis* en la materia, por lo que se advierte la voluntad de los Estados de no extender la aplicación del artículo 6 del CEDH a este tipo de procedimientos. BONET PÉREZ, 2003, p. 53.

<sup>591</sup> CERIANI CERNADAS, 2009b, pp. 182-183.

<sup>592</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana, 2012, párrafo 161 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Familia Pacheco Tineo v. Bolivia, 2013, párrafo 133.

<sup>593</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vélez Loor v. Panamá, 2012, párrafo 146.

<sup>594</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 18, 2003, párrafo 126.

sostenido además que su reconocimiento y garantía constituye una especial garantía de integración de las personas migrantes en las sociedades de acogida<sup>595</sup>.

#### **4.2 Derecho a la revisión de la medida**

Las personas migrantes tienen derecho a someter a revisión las medidas de la autoridad migratoria decretadas en su contra, particularmente su expulsión del país, exponiendo sus descargos en contra de esta. Este es un derecho que ha sido reconocido tanto en el derecho de los tratados<sup>596</sup> como en el derecho interno de la mayoría de los Estados, teniendo eco en la jurisprudencia internacional y en la doctrina, lo que ha llevado a plantear que se trata también de costumbre internacional, al menos respecto a los migrantes en condición regular<sup>597</sup>.

Tanto en el ámbito interamericano como europeo han existido pronunciamientos acerca del reconocimiento de este derecho en sus respectivos instrumentos de derechos humanos, y a la importancia de su aplicación a las personas migrantes expulsadas. También se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos al sostener que “se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso”, salvo que “razones imperiosas de seguridad nacional” aconsejen dejar de aplicar los principios del artículo 13 del PIDCP<sup>598</sup>. En diferentes casos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho hincapié en el derecho a la revisión judicial de las decisiones estatales de cancelación de residencia y expulsión, señalando que los afectados por este tipo de medidas tienen derecho a acceder a un órgano jurisdiccional a fin de que a) determine la legalidad de la detención; b) analice la validez de las pruebas de cargo; c) de lugar a la presentación de pruebas de descargo y les permitiera la impugnación judicial de la decisión de expulsión<sup>599</sup>.

De igual modo, el Tribunal Europeo ha reconocido la titularidad del derecho a un recurso efectivo a todas las personas migrantes, sin perjuicio de su condición migratoria, cuando ciertos

---

<sup>595</sup> AÑÓN ROIG, 2013, p. 291-294.

<sup>596</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 13; Declaración de Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven, 1985, artículo 7; Protocolo N° 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1984, artículo 1.1 a).

<sup>597</sup> CHETAİL, 2019, pp. 136-137. Algunas voces plantean dudas acerca del alcance de esta garantía a los migrantes indocumentados. Respecto de éstos no existiría norma clara del derecho internacional consuetudinario. CHETAİL, 2019, p. 140-141.

<sup>598</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 1986, párrafo 10.

<sup>599</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Riebe Star y otros v. México*, 1999, párrafo 44.

derechos protegidos por el Convenio pudieran verse afectados por una orden de expulsión<sup>600</sup>. Por ejemplo, en sentencia del 3 de octubre de 2017, el Tribunal resolvió por unanimidad que España había violado el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un recurso efectivo) en el marco de las llamadas devoluciones sumarias o “en caliente”. En efecto, los recurrentes fueron dos personas (uno de nacionalidad malí y otro marfileño) que cruzaron las vallas de la ciudad autónoma de Melilla ingresando clandestinamente a España, donde fueron detenidos por la Guardia Civil y devueltos inmediatamente al territorio marroquí, sin posibilidad alguna de identificarse siquiera, y menos de impugnar administrativa o judicialmente el acto en virtud del cual se dispuso su abandono inmediato del territorio español<sup>601</sup>.

### 4.3 Prohibición de expulsiones colectivas

La prohibición de expulsiones colectivas (que goza de un sólido reconocimiento en el derecho de los tratados<sup>602</sup>) opera como una garantía contra la arbitrariedad, estando estrechamente ligada con el derecho a un debido proceso y al acceso a la justicia<sup>603</sup>. Ésta busca que una persona (con independencia de su estatus migratorio) pueda ser expulsada de un país exclusivamente a consecuencia de un debido proceso legal referido a su situación particular y los hechos puntuales de cada caso<sup>604</sup>. Deben entenderse por tales “cualquier medida que obligue a varias personas a abandonar un territorio o país en calidad de grupo, sin que esta decisión se base en un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada persona”<sup>605</sup>. Normalmente los extranjeros sujetos a expulsiones colectivas tienen algún rasgo o característica común que los identifica como

---

<sup>600</sup> SOLANES CORELLA, 2017, pp. 215-220; CERIANI CERNADAS, 2009b, p. 193. Véanse fallos como Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Conka v. Bélgica*, 2002; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hilal v. Reino Unido*, 2001.

<sup>601</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), *Asunto N.D. y N.T. v. España*, 2017; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), *Asunto N.D. y N.T. v. España*, 2020.

<sup>602</sup> La prohibición de expulsiones colectivas se encuentra recogida en varios tratados internacionales: Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 22.9; Convención para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 1990, artículo 22; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981, artículo 12.5; Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, 1950, artículo 19.1.

<sup>603</sup> Según la jurisprudencia establecida por la Comisión y el Tribunal Europeo, el objetivo que persigue el artículo 4 de Protocolo Nº 4 es el de impedir que los Estados puedan expulsar a determinados extranjeros sin antes examinar sus circunstancias personales, y de esta manera, sin dejarles presentar sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, 2012, párrafo 177.

<sup>604</sup> CERIANI CERNADAS, 2009b, p. 194. En el ámbito europeo: Comisión Europea de Derechos Humanos, *Andric v. Suecia*, 1999; *Conka v. Bélgica*, 2002; *Majic v. Suecia*, 1999; *Alibaks y otros v. Holanda*, 1988; y *Becker v. Dinamarca*, 1975.

<sup>605</sup> Ficha Temática preparada por la Oficina de Prensa del Consejo de Europa sobre Expulsiones y Extradiciones, 2013.

miembros de un grupo determinado y, en consecuencia, la presencia de una conducta discriminatoria en las expulsiones colectivas puede tener, además, significancia práctica<sup>606</sup>.

El número de extranjeros objeto de decisiones de expulsión no es el criterio fundamental para caracterizar a ésta como colectiva<sup>607</sup>. El que un Estado expulse a varias personas conjuntamente en la misma ocasión no transforma necesariamente dicho acto en una expulsión colectiva, siempre y cuando la medida haya sido precedida de un examen individual, considerando concretamente las circunstancias particulares de cada expulsado<sup>608</sup>. Tampoco convierte automáticamente en una expulsión colectiva el hecho que más de un extranjero haya sido objeto de decisiones con fundamentos similares, en la medida que cada uno haya tenido la oportunidad de exponer individualmente sus razones contra la expulsión ante las autoridades competentes<sup>609</sup>.

En el ámbito interamericano, la Corte ha aplicado la prohibición expresa de este tipo de medidas contemplada en el artículo 22.9 de la CADH en casos como *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, en que se resolvió que dicha prohibición fue violada por el Estado<sup>610</sup>. Al resolver este caso, la Corte sostuvo que “el procedimiento de expulsión de un grupo de no ciudadanos debe apoyarse en suficientes garantías que demuestren que las circunstancias personales de cada uno de esos no ciudadanos afectados han sido genuina e individualmente tenidas en cuenta<sup>611</sup>”. En el ámbito europeo, en tanto, un caso emblemático a este respecto ha sido *Hirsi Jamaa v. Italia*, donde el Tribunal Europeo resuelve que la prohibición de expulsiones colectivas debe hacerse extensiva a cualquier medida adoptada por los Estados, incluso en forma extraterritorial, para impedir que las personas lleguen a sus fronteras, cuando esto tenga por efecto evitar que presenten una solicitud de asilo o no devolución<sup>612</sup>. Lo mismo puede decirse respecto al

---

<sup>606</sup> NUÑO BALMACEDA, 2014, p. 99.

<sup>607</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, 2012, párrafo 171.

<sup>608</sup> Así lo ha resuelto, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el fallo *Sultani v. Francia*, donde se planteó que un vuelo conjunto de inmigrantes hacia Afganistán no puede considerarse por ese solo hecho una expulsión colectiva. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sultani v. Francia*, 2007, párrafo 81.

<sup>609</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, *Vedran Andric v. Suecia*, 1999, párrafo 1.

<sup>610</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, 2012, párrafos 228-238. También se consideró que hubo una violación de la prohibición a expulsiones colectivas en el caso de *Personas Haitianas y Dominicanas v. República Dominicana*, en el que la Corte estimó que durante la expulsión se violaron los derechos a la libertad personal, la prohibición de expulsiones colectivas, así como los derechos a la honra y a la dignidad, y a la igualdad ante la ley. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Personas Haitianas y Dominicanas v. República Dominicana*, 2014.

<sup>611</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana*, 2012, párrafo 174.

<sup>612</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, 2012, párrafos 164 y 180.

caso N.D. y N.T. v. España, en que el TEDH (reunido en Sala, en la Sección Tercera) sostuvo, por unanimidad, que dicho país había violado el artículo 4º del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que la devolución de que los recurrentes fueron objeto puede considerarse una expulsión colectiva<sup>613</sup>.

#### **4.4 Garantías frente a la privación de libertad**

Es evidente que la ejecución forzosa de medidas tales como la expulsión requerirá, cuando no exista un abandono voluntario del territorio del país en cuestión, del empleo de la coacción por parte de las autoridades. Y que, en dicha medida, que no está prohibida por el derecho internacional, puede resultar necesaria y aceptable la limitación temporal de determinados derechos del individuo, como la libertad ambulatoria<sup>614</sup>. Sin embargo, las privaciones de libertad (y especialmente la de extranjeros por infracción a la legislación migratoria) están restringidas por una serie de estándares cuyo cumplimiento condiciona las potestades estatales en esta materia. Una cuestión básica en esta materia es que el derecho internacional prohíbe la detención de niños y niñas migrantes<sup>615</sup>.

La prohibición de detenciones arbitrarias, incluidas aquellas que se realizan a migrantes al ingresar al país, durante la determinación de su estatus, o con el fin de expulsarles, es una norma codificada en una amplia gama de tratados<sup>616</sup>, y que además ha sido considerada parte del derecho internacional consuetudinario<sup>617</sup>. La detención automática por mera entrada y/o permanencia irregular es, por lo tanto, considerada arbitraria<sup>618</sup>. Toda detención por infracción a la legislación

---

<sup>613</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), Asunto N.D. y N.T. v. España, 2017, párrafo 107.

<sup>614</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, 2012, p. 123.

<sup>615</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Personas Haitianas y Dominicanas Expulsadas v. República Dominicana*, 2014, párrafo 360: "(...) los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas y/o niños que se encuentren junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentren no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio, ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el cumplimiento de los requisitos para ingresar o permanecer en un país, en el hecho de que la niña y/o niño se encuentre solo o separado de su familia".

<sup>616</sup> Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, artículo 25.

<sup>617</sup> CHETAIL, 2019, p. 133.

<sup>618</sup> CHETAIL, 2019, p. 136. En el caso *Vélez Loor contra Panamá*, la Corte Interamericana estimó que la detención que sufrió el afectado fue arbitraria, ya que se impuso como una sanción automáticamente, sin considerar las condiciones particulares del caso: "serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, mediante una evaluación individualizada y motivada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas para alcanzar aquellos fines" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Loor v. Panamá*, 2010, párrafo 171). Por su parte, la Directiva Europea sobre Retorno de 2008 establece una serie de principios para la privación de libertad.

migratoria debe ser razonable, necesaria y proporcionada, siendo siempre de naturaleza administrativa, por lo que de ningún modo debería ser usada punitivamente<sup>619</sup>.

La exigencia de proporcionalidad demanda de los Estados una aplicación en extremo excepcional de la detención administrativa de personas migrantes, debiendo éstos recurrir a medidas alternativas a la detención en el marco del ejercicio de sus competencias relativas al control de la inmigración<sup>620</sup>. En consecuencia, cabe priorizar la aplicación de medidas menos invasivas para conseguir los objetivos propios de la legislación migratoria, sin interferir desproporcionadamente en el derecho a la libertad ambulatoria. Esto supone incluir medidas tales como: confiar la responsabilidad de la comparecencia del migrante a un tercero, exigir al migrante el pago de fianzas, o limitando en menor o mayor medida su libertad ambulatoria, estableciendo una detención domiciliaria parcial, monitoreo electrónico, su ingreso a centros semi-abiertos o a residencias designadas<sup>621</sup>.

Para aquellos casos en que la detención administrativa sea la única medida posible de adoptar, la prohibición de arbitrariedad exige informar al migrante, oralmente o por escrito, los motivos de la detención al momento de su realización<sup>622</sup>. Esta comunicación debe realizarse en un idioma que comprenda, por lo que de ser necesario el Estado debe asistirle al migrante de un traductor o intérprete para las etapas posteriores del proceso tras su detención<sup>623</sup>.

A partir de este instante el extranjero puede hacer uso de su derecho a la asistencia consular, lo que debe serle informado por parte de las autoridades que le comunican formalmente de la detención. Para estos casos, la Corte Interamericana ha desarrollado la importancia de este derecho como parte de las garantías del debido proceso de una persona migrante privada de libertad. Este derecho, que según se ha planteado habría pasado a integrar el derecho internacional consuetudinario<sup>624</sup>, está enmarcado originalmente en lo dispuesto en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, impone al Estado que priva de libertad a un

---

<sup>619</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, 2001, párrafo 115. La prohibición del uso punitivo de la detención administrativa demanda la pronta reforma de las leyes migratorias de varios Estados de la región que establecen penas de prisión por ingreso irregular u otras fracciones a las condiciones de entrada y permanencia (criminalización de la migración irregular), como es el caso del Decreto Ley N° 1.094 de 1975, que establece normas para extranjeros en Chile.

<sup>620</sup> CERIANI CERNADAS, FAVA y MORALES, 2009, p. 153.

<sup>621</sup> CHETAIL, 2019, p. 136.

<sup>622</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n° 21, 2014, párrafo 197; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana, 2012, párrafo 131; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Personas Haitianas y Dominicanas Expulsadas v. República Dominicana, 2014, párrafo 369.

<sup>623</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 21, 2014, párrafo 197.

<sup>624</sup> CHETAIL, 2019, p. 138.

extranjero una serie de obligaciones, entre las cuales se encuentran informar al detenido del derecho que tiene a que se informe al consulado del Estado de su nacionalidad sobre su privación de libertad, notificar al consulado en cuestión en caso que el detenido así lo hubiere solicitado, permitir la libre comunicación entre el detenido y su consulado, y permitir la asistencia del consulado a su nacional detenido<sup>625</sup>. En el caso *Vélez Loor v. Panamá*, la Corte también reiteró que la persona detenida tiene derecho a la asistencia consular de acuerdo con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares<sup>626</sup>.

Corresponde, acto seguido, la revisión inmediata y periódica de la legalidad de la detención por parte de un juez o funcionario competente, independiente e imparcial, de conformidad, en el ámbito interamericano, con el artículo 25 de la DADH y el 7.5 de la CADH<sup>627</sup>. Esto es así, considerando que cualquier persona privada de libertad, independiente del tipo de proceso de que se trate, debe ser llevada ante un órgano que controle el cumplimiento de los presupuestos exigidos para dicha detención. Además, en caso que la persona vaya a ser objeto de una sanción penal o administrativa, deberá ser juzgada dentro de un plazo razonable, bajo las garantías judiciales del artículo 8.1 de la CADH, cuya aplicación corresponde tanto a los procedimientos penales como administrativos<sup>628</sup>. En el ámbito europeo, la exigencia de revisión judicial de la detención administrativa de un migrante también ha sido un estándar presente en el Derecho de la Unión Europea, como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>629</sup>.

Por último, los órganos internacionales han desarrollado garantías para los migrantes detenidos administrativamente en relación con las condiciones en que debe desarrollarse dicha privación de libertad. Una primera cuestión es que, considerando la naturaleza administrativa y no punitiva de la detención, la privación de libertad por infracción a la legislación migratoria no puede realizarse en un establecimiento penitenciario o en lugar alguno donde el detenido pueda estar junto a personas acusadas o condenadas por delitos penales. La infracción a esta prohibición constituye, además, una violación al principio de legalidad, según la Corte Interamericana<sup>630</sup>.

---

<sup>625</sup> Esta Opinión Consultiva fue presentada por México, en el marco de la inquietud del Estado mexicano por establecer las garantías judiciales mínimas de los extranjeros condenados a pena de muerte en los Estados Unidos.

<sup>626</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Loor v. Panamá*, 2010, párrafos 170-173, 153-154, 157-158.

<sup>627</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Ferrer-Mazorra v. Estados Unidos de América*.

<sup>628</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Loor v. Panamá*, 2010, párrafos 107-108.

<sup>629</sup> VACAS FERNÁNDEZ, 2017, pp. 223-224.

<sup>630</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Loor v. Panamá*, párrafo 187.

Por el contrario, la Corte Interamericana ha resuelto que dichas privaciones de libertad deben desarrollarse en “establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado”<sup>631</sup>. Volveremos a esta materia en nuestro quinto y último capítulo, al abordar la compatibilidad del tratamiento de la detención migratoria con la vigencia del Estado constitucional democrático.

## V. Conclusiones

El primer pilar en que ha de descansar el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración en un Estado constitucional democrático es el orden jurídico internacional, y particularmente los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Aquello supone reconocer, en primer lugar, que el derecho internacional reconoce a los Estados competencias para un efectivo control sobre el ingreso y la permanencia de personas migrantes en su territorio, entre las cuales se encuentran los derechos de admisión, de visado de la permanencia y de expulsión. Este es el piso mínimo a partir del cual abordar toda discusión relativa al tratamiento estatal de las migraciones.

Ahora bien, no tiene sentido abordar actualmente el ejercicio de dichas competencias como un “enclave de soberanía plena” de los Estados o de exclusiva jurisdicción interna, en circunstancias que el derecho internacional migratorio ha reglado paulatinamente, de manera sustantiva y adjetiva, el modo en que los Estados pueden adoptar medidas de control tales como la inadmisión, la devolución, el otorgamiento o rechazo de un visado, o la expulsión del país. Aunque parece haber por parte de los Estados cierta disposición a someter el ejercicio de sus potestades de control migratorio a estándares menos exigentes en materia de derechos humanos, lo cierto es que se han ampliado y profundizado los instrumentos internacionales y estándares llamados a limitar la discrecionalidad estatal en materia de extranjería.

Aunque existen razones significativas para justificar que los Estados establezcan una regulación que diferencie entre nacionales y extranjeros en lo que a circulación y residencia refiere, ello no excluye por sí misma la existencia de un “derecho humano a migrar” o un “derecho humano

---

<sup>631</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vélez Loor v. Panamá, párrafo 272.



a ser migrante” (lo que algunos autores denominan igualmente *ius migrandi*). Por el contrario, el reconocimiento de un derecho de estas características no solo es plausible en el marco del actual derecho internacional, sino que es igualmente una exigencia derivada del carácter progresivo de la protección internacional de los derechos humanos. Eso sí, es necesario aclarar que afirmar la existencia de este derecho puede significar a lo menos dos cosas.

Un primer significado, poco cuestionado (un derecho humano a migrar ‘*en sentido débil*’) supone que el orden jurídico internacional ampara, protege y resguarda la condición migrante frente a los potenciales abusos, discriminaciones y arbitrariedades de que puedan ser objeto producto de su pertenencia a una minoría y colectivo especialmente desaventajado al interior de la sociedad. Esto involucra la existencia de un conjunto de estándares en materia de control a la inmigración (entre ellos, no discriminación, no devolución, interés superior de niños, niñas y adolescentes, protección de la familia, debido proceso, derecho a defensa, prohibición de expulsiones colectivas, derecho a recurrir, etc.), los cuales gozan de un amplio reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos, convencional y consuetudinario, siendo interpretado y aplicado por organismos internacionales y que hoy vinculan a los Estados constitucionales democráticos a la hora de decidir sobre el diseño y la implementación de sus políticas de control a la inmigración.

A su vez, un segundo significado (lo que aquí denominamos un derecho a migrar ‘*en sentido fuerte*’), significa que el derecho internacional reconoce como derecho humano la libertad de circulación y residencia también a nivel internacional tanto en el plano de la emigración (el derecho a salir del territorio de cualquier país), del retorno (el derecho a retornar al propio país), y de una tercera dimensión más problemática y resistida por los Estados y la comunidad internacional: el derecho humano de toda persona a inmigrar, es decir, a ingresar y permanecer en un Estado distinto del de su nacionalidad, con el objeto de establecerse en él. Respecto al reconocimiento de esta última dimensión (inmigración), existen dos posiciones claras y antagónicas. Por un lado, una opinión dominante, que se aferra al silencio de los textos internacionales sobre la cuestión para negar la existencia de un derecho de estas características. Por otro lado, una opinión alternativa sostiene que la estricta lógica jurídica exige reconocer el derecho humano a inmigrar para dar plena efectividad al ejercicio de otros derechos explícitamente consagrados.

Sin embargo, existen igualmente otras estrategias a las que puede recurrirse para responder afirmativamente a la pregunta sobre la existencia de un derecho humano a migrar en todas sus dimensiones. El actual estado de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos no

ha excluido el reconocimiento de derechos que no se encuentran contemplados en términos expresos en los tratados internacionales, para lo cual se ha recurrido a la tesis de los llamados “derechos implícitos”. Igualmente, debe tenerse a la vista la evolución que ha tenido en instrumentos de derecho internacional convencional diferentes de los principales tratados de derechos humanos, el derecho a residir en otro Estado.

Por último, podría considerarse que existe un consenso o “aceptación” general (universal o global, no únicamente bilateral ni regional) por parte de los Estados al hecho de que estos no pueden sencillamente cerrarse o vetar la movilidad internacional de personas y seguir siendo Estados liberales y democráticos, de manera que se habría generado una norma consuetudinaria en virtud de la cual los Estados han de permitir la libre circulación internacional hacia sus territorios, bajo las condiciones y cumpliendo las exigencias de sus legislaciones internas, dentro del marco de sus compromisos internacionales en materia de protección a los derechos humanos.

Los términos en los cuales se ha desarrollado hasta ahora esta discusión resultan cuestionables desde distintas perspectivas. Quienes han participado del debate, con frecuencia lo han hecho entendiendo sus potenciales alcances de un modo impracticable, ya sea por expectativas irrealizables o por deformaciones que le cuestionan sin involucrarse en un debate riguroso sobre sus bordes y alcance. Un derecho a inmigrar en este sentido ha sido interpretado como una exigencia universal de libre tránsito internacional, con ausencia de cualquier clase de control, lo que demandaría un desmantelamiento de los principales mecanismos de control migratorio. Sin embargo, no resulta tan evidente el hecho que control migratorio y derecho humano a migrar sean mutuamente excluyentes y no puedan coexistir en el marco de un Estado constitucional democrático.

La generalidad de derechos humanos admite limitaciones, y el ejercicio de varios de ellos está sometido al cumplimiento de determinadas condiciones impuestas por los Estados en el marco del derecho internacional. El derecho humano a inmigrar debería considerarse un derecho limitado en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, del mismo modo que múltiples otros derechos lo están sin que a consecuencia de ello se desconozca su carácter de *ius* fundamental. De igual manera, habría de considerarse el derecho a inmigrar como un derecho cuyo ejercicio se encuentra condicionado. Precisamente a través de la configuración legislativa, los Estados pueden establecer las condiciones bajo las cuales un extranjero puede ingresar y permanecer en su territorio, sin que por ello pueda descartarse la existencia de un derecho a inmigrar *prima facie*.

El que planteemos la existencia de este derecho como un derecho limitado y cuyo ejercicio puede estar condicionado, no significaría simplemente agregar un derecho más a una larga lista de derechos como consideran quienes se inquietan con una “inflación” de los catálogos. Desde nuestra perspectiva el reconocimiento del derecho humano a inmigrar contribuiría a ello, acarreando consecuencias para los Estados contemporáneos en al menos dos planos: uno “simbólico” y otro “práctico”. Desde el plano “simbólico”, no hay duda que un pronunciamiento de derechos humanos como este constituye una señal asertiva de la importancia de las libertades identificadas y aclamadas en la formulación del derecho de que se trate, en este caso, de la libertad de inmigrar. Desde el plano “práctico” se impondría a los Estados un estándar más exigente a la hora de ejercer sus potestades de control sobre la inmigración, invirtiendo las lógicas bajo las cuales muchos Estados ejercen actualmente sus competencias para el control migratorio, sin que ello implique mutilarlas o desvirtuarlas.

Ahora bien, las exigencias derivadas de la protección internacional de los derechos humanos, y particularmente de las personas migrantes, no pueden considerarse aisladamente, pues se despliegan coexistiendo con las exigencias internas de cada Estado en sus órdenes constitucionales. Se trata de un segundo pilar en que descansa el diseño y la implementación de las políticas migratorias, y particularmente de las políticas de control. Este último nos ocupará en el siguiente capítulo.

## Capítulo III

### MOVILIDAD HUMANA Y CONTROL MIGRATORIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL: EL CASO CHILENO

#### I. Introducción

El segundo pilar sobre el cual descansa el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración en el Estado constitucional democrático es el derecho constitucional. Tal y como revisamos en nuestro primer capítulo, suele decirse que el Estado constitucional constituye “la más cabal realización del Estado de derecho”<sup>632</sup> (o una forma evolucionada del mismo), distinguiéndose de una versión mínima del constitucionalismo, representada por el Estado de derecho liberal clásico<sup>633</sup>. Así las cosas, las constituciones juegan un papel protagónico en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, pasando a ser una especie de “centro gravitacional”, lo que se manifiesta a través de una mayor densidad normativa, una fuerza normativa vinculante y una aplicación directa dentro del sistema de fuentes.

Como ha sostenido el Tribunal Constitucional chileno en el fallo de 2021 a través del cual se pronunció acerca de la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley de Migración y Extranjería, “aun siendo los poderes legislativos plenamente autónomos para elaborar, aprobar y promulgar las reglas que regirán las materias antes referidas, tales reglas están sujetas al principio de supremacía constitucional”<sup>634</sup>. En este sentido, y citando un interesante voto de minoría de dicho fallo: la ley migratoria no puede considerarse “la Constitución de los extranjeros”<sup>635</sup>. Aquello significa que la condición de migrante o la calidad de extranjero no son motivos que habiliten a la autoridad estatal para excluir, sustraer o exceptuar a las personas migrantes de la plena vigencia de las normas constitucionales. Por el contrario, la ley migratoria “sigue estando sometida a los estándares constitucionales y convencionales que ha definido el país”<sup>636</sup>.

---

<sup>632</sup> PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 129.

<sup>633</sup> NINO, 1992, pp. 2-3; FERRAJOLI, 2003, pp. 13-14.

<sup>634</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol N° 9930-2020, 2021, considerando 13°.

<sup>635</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol N° 9930-2020, 2021, voto de minoría de los Ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva, y de la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, considerando 6°.

<sup>636</sup> “No es la Constitución de los extranjeros. Esta legislación, siendo más amplia, no constituye una especie de mini Constitución para los extranjeros. Aunque parezca evidente por sí mismo, algunos de sus preceptos parecen razonar bajo ese esquema. La entendemos como una ley más amplia que sigue estando sometida a los estándares constitucionales y convencionales que ha definido el país, conforme lo dispone el artículo 5°, inciso 2°, de la

Bajo esta premisa, el presente capítulo tiene dos objetivos fundamentales. El primero de ellos es dar cuenta de la incidencia o impacto que tienen las normas constitucionales en la legislación migratoria, y particularmente en la configuración y el ejercicio de los mecanismos de control a la inmigración. Este ejercicio resulta particularmente interesante, pues, aunque la constitución no suele ser la norma llamada a regular la condición jurídica de las personas migrantes en cada país, sus disposiciones acaban igualmente incidiendo en el modo en que los Estados ejercen sus competencias en materia de control migratorio. En efecto, existen constituciones que contienen pronunciamientos más o menos explícitos en lo que al fenómeno de la migración refiere, pero aún aquellas cuyo texto no menciona en absoluto expresiones como “movilidad humana”, “migración” o “migrante”, han jugado un papel fundamental en la vigencia de los derechos fundamentales de quienes migran.

El segundo objetivo de este capítulo es aterrizar el diagnóstico comparado precedente, dando cuenta del impacto que las normas constitucionales han tenido en un específico caso: el del ordenamiento jurídico chileno. En lo que a este país respecta, dicha revisión nos permitirá sostener que en términos generales el derecho constitucional chileno es particularmente garantista en relación con los derechos de las personas migrantes. Por ello, podría decirse que excluye la adopción de un modelo de control de carácter *per se* restrictivo, discriminatorio, arbitrario o que instrumentalice a las personas migrantes a la hora de resolver sobre su ingreso o permanencia. Como veremos, esto puede resultar contra intuitivo si tomamos en consideración el contexto especialmente hostil hacia “lo extranjero” en que se gestó la Constitución de 1980. Sin embargo, plantaremos que la inspiración nacionalista de la dictadura militar que gobernó Chile entre 1973 y 1990, acabó cediendo frente a un sistema de valores y principios que instituyeron un esquema amplio de libertades.

Es efectivo que ninguna disposición del actual texto constitucional chileno menciona vocablos como “movilidad humana”, “migración” o “migrante”. No obstante, veremos cómo es que sus principios axiológicos básicos y su sistema de derechos fundamentales interpretados en clave de movilidad humana, han arrojado para la doctrina y la jurisprudencia un estándar constitucional que posiciona a la persona migrante como un sujeto de derechos, siendo la nacionalidad una categoría prácticamente irrelevante para el ejercicio de estos. Plantear aquello ha exigido a los tribunales y

---

Constitución”. Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol N° 9930-2020, 2021, voto de minoría de los Ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva, y de la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, considerando 6°.

juristas ir más allá de lo que tradicionalmente ha caracterizado a la interpretación constitucional chilena, que ha estado marcada por el “originalismo”<sup>637</sup>. El hecho de que las implicancias del fenómeno migratorio no hayan estado dentro de las preocupaciones de quienes participaron de su creación, significaría sostener que la Constitución guarda silencio en torno a esta cuestión dejándola a entera discreción del legislador, cuestión con la que no coincidimos.

Tal y como mencionamos en nuestro primer capítulo, el caso de Chile resulta particularmente interesante a este respecto, pues se trata de uno de los países de América Latina donde más se ha incrementado la inmigración porcentualmente hablando, particularmente en los últimos años. En dicha oportunidad mencionábamos que según estimaciones del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (UN DESA), la proporción de población nacida en el extranjero alcanzaba el 8,61% al año 2020, posicionando a Chile como el país de América del Sur con mayor proporción de migrantes, y el 6° país del mundo con una mayor variación en las tasas de inmigración durante los últimos 30 años, pasando de un 0,81% en 1990 a un 8,61% en 2020, es decir, un 962% de variación<sup>638</sup>. La errática gestión de las autoridades estatales frente a este aumento sostenido de la inmigración, ha favorecido el surgimiento de sentimientos hostiles hacia la población migrante y la conflictividad social, particularmente en el extremo norte del país. La pandemia del COVID-19 agudizó este fenómeno, pues la única alternativa para flujos de desplazamiento forzado como el venezolano fue la migración irregular frente al cierre generalizado de fronteras, que acabó normalizándose ante la pasiva mirada del Estado.

Dicho contexto migratorio y sanitario ha coincidido además con un histórico periodo de efervescencia social y convulsión política en Chile (cuyo clímax fue el estallido social de octubre de 2019) que luego dio paso a un proceso participativo, paritario y democrático a través del cual una Convención Constitucional elaboró una propuesta de nueva Constitución Política que fue sometida a referéndum el día 4 de septiembre de 2022, y que fue rechazada por la ciudadanía. Estando la llamada “cuestión migratoria” entre las temáticas que mayor interés acaparaban en la

---

<sup>637</sup> Para dotar de sentido y alcance a las disposiciones constitucionales se ha recurrido frecuentemente a insumos como las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y del Consejo de Estado, órganos a los que la dictadura militar chilena había asignado, en aquel entonces, la tarea de elaborar el anteproyecto y proyecto de texto constitucional, respectivamente. Esta técnica interpretativa ha sido utilizada en Chile bajo la vigencia de la Constitución de 1980, tanto para proteger la obra constitucional de la dictadura, como para zanjar discusiones complejas, a través del argumento de autoridad. BASSA, 2015, pp. 13-14.

<sup>638</sup> A este respecto, Chile solo es superado por Corea del Sur (3.238% de variación), Guinea Ecuatorial (2.413% de variación), Perú (1.345% de variación), Colombia (1.089% de variación) y Bulgaria (992% de variación). UN DESA, 2020.

ciudadanía y la clase política, todo indicaba que esta sería una de las materias clave que ocuparían la discusión constituyente. Por una parte, los discursos más reactivos a la inmigración hacían temer una propuesta constitucional regresiva en la materia, y por otra, algunas aisladas voces levantaban la impopular causa migrante en el seno de la Convención. El texto final incorporó avances significativos, pero la principal bandera de lucha de expertos y organizaciones migrantes (la consagración de un derecho humano a migrar) no consiguió llegar a la propuesta sometida a referéndum.

El presente capítulo se estructura de la siguiente manera. La primera parte tiene por objeto dar cuenta de lo que aquí denominamos como fenómeno de “constitucionalización” del derecho migratorio, ofreciendo una mirada panorámica del tratamiento constitucional de la movilidad humana a nivel comparado. El resto del capítulo se dedica a desarrollar con mayor profundidad el caso chileno. En la segunda parte, tras dar cuenta del contexto histórico en que surge y se consolida el control migratorio en Chile, se identifican un conjunto de rasgos de la Constitución de 1980 que, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina constitucional, impactan en el modo en que el Estado chileno ha de abordar el tratamiento de la inmigración. Entre estos rasgos se encuentran los principios axiológicos, políticos y jurídicos que la llamada “parte dogmática” del texto constitucional consagra, al igual que el sistema de derechos fundamentales. Por último, la tercera parte y final tiene por objeto abordar los principales aspectos de la propuesta de nueva Constitución sometida a referéndum en lo que a política migratoria y derechos de las personas migrantes refería.

## **II. La constitucionalización del derecho migratorio y de extranjería a nivel comparado**

El punto de partida de este ejercicio es plantear que a la hora de abordar el estudio de cualquier disciplina jurídica se hace indispensable considerar el rol que juegan los textos constitucionales en los ordenamientos contemporáneos. Y es que, desde la segunda posguerra del s. XX, han tomado lugar en los Estados constitucionales democráticos una serie de prácticas jurídicas que han colocado a la constitución en un lugar protagónico a través de fenómenos como una mayor densidad normativa de los textos constitucionales, la aplicación directa de la constitución dentro del sistema de fuentes, o su fuerza normativa vinculante. La adopción de estas nuevas técnicas por parte de los operadores jurídicos significó, en su momento, una verdadera revolución que remeció los dogmas del constitucionalismo clásico, para los cuales el papel jugado por las constituciones se limitaba a su carácter de documento político, no jurídico.

De esta manera, la constitución se ha ido posicionando paulatinamente en un papel central, consolidando el principio de supremacía constitucional y desplazando hacia ella el “centro de gravedad” del ordenamiento jurídico<sup>639</sup>. Hasta entonces, el papel protagónico en el sistema de fuentes correspondía a la ley, cuyo ámbito competencial era ilimitado. La constitución, en tanto, no era más que un mero catálogo de recetas políticas con carácter vagamente obligatorio donde la ciencia política tenía más importancia que el Derecho<sup>640</sup>. Su función se reducía a la de un manifiesto o programa político cuya concreción quedaba entregada a las demás fuentes normativas<sup>641</sup>. Sin embargo, aquella visión acabó cediendo ante una concepción de la constitución como verdadera norma jurídica vinculante. Ello la ubicaba en el catálogo de fuentes plenamente operativas, a través de su aplicación directa por el juez, la administración o los particulares.

La creciente incidencia de los derechos fundamentales constitucionales en toda discusión jurídica resultó ser el aspecto medular de este proceso transformador<sup>642</sup>. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, por ejemplo, advirtió que las normas *ius* fundamentales no consagraban exclusivamente derechos subjetivos del individuo para hacerlos valer frente al Estado. Además, formaban un orden valorativo-objetivo válido para todos los ámbitos del Derecho, que proporcionaba directrices e impulsos tanto a la legislación, como a la administración y la justicia<sup>643</sup>. Aquello fue caracterizado por Alexy como el “efecto de irradiación” de las normas *ius* fundamentales<sup>644</sup>.

La consolidación del mayor protagonismo de la constitución en la interpretación y aplicación del sistema de fuentes normativas, que se ha denominado “constitucionalización” del ordenamiento jurídico, ha sido descrito por Guastini como una paulatina “invasión” de esta a todos los aspectos de la realidad jurídica. Esto ha desencadenado a su juicio una verdadera transformación del ordenamiento jurídico, al punto de sostener que este resulta totalmente impregnado o irrigado por normas constitucionales que operan de modo “excesivamente penetrante e invasivo por sobre las demás”<sup>645</sup>. Aquello resulta, a lo menos, preocupante en la medida que la vigencia del régimen democrático exige a los textos constitucionales dejar al legislador un margen de deliberación lo

---

<sup>639</sup> FAVOREU, 2001, p. 43.

<sup>640</sup> FAVOREU, 2001, p. 39.

<sup>641</sup> ALDUNATE, 2010, p. 88.

<sup>642</sup> ALDUNATE, 2003a, p. 13.

<sup>643</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVerfGE 7, párrafo 198, 1958.

<sup>644</sup> ALEXY, 2017, p. 465-468.

<sup>645</sup> GUASTINI, 2016, p. 176.



suficientemente amplio como para hacer frente a los desafíos que los cambios políticos, sociales, económicos y culturales demandan.

Sin embargo, no puede desconocerse en la actualidad el que el proceso de “constitucionalización” se encuentra bastante consolidado en la mayoría de las democracias constitucionales actuales, alcanzando también las leyes migratorias. Históricamente y como hemos visto con anterioridad, desde la formación del antiguo derecho de extranjería en los Estados modernos la discrecionalidad absoluta del Estado imperó sobre las cuestiones relativas al ingreso y permanencia de los extranjeros en su territorio<sup>646</sup>. Esto vino a cambiar solo con la incidencia creciente de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y de principios básicos de organización del Estado.

Así las cosas, del mismo modo que es posible hablar de un derecho constitucional penal, civil, o procesal, resulta igualmente posible hablar hoy de un derecho constitucional migratorio. Esto sucede incluso cuando vocablos como "migración" o "inmigrante" están ausentes en los textos constitucionales. Hay otros casos en los cuales sí es posible advertir, en términos más o menos explícitos, la presencia de diferentes clases de disposiciones relacionadas con estas materias, con mayor o menor especificidad y/o profundidad en sus referencias al estatuto de las personas migrantes en el territorio del Estado receptor. Por lo general, estas disposiciones suelen sentar las bases para un tratamiento más o menos diferenciado de los extranjeros con relación a los nacionales en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales respecta.

### **1. Referencias al fenómeno migratorio en los textos constitucionales: disposiciones orgánicas y sustantivas**

Tal y como mencionamos en el primer capítulo a la hora de dar cuenta de los diferentes niveles institucionales en los cuales el control a la inmigración se ejerce, la constitución no es la fuente del derecho llamada a regularizar pormenorizadamente la condición jurídica de las personas migrantes en el país, tarea que cumple la ley y el reglamento al hacerse cargo del régimen de ingreso, estancia y salida de los extranjeros en el territorio nacional, y que constituye aquello que suele denominarse “régimen de extranjería”<sup>647</sup>. No obstante, debemos partir de la base que la constitución suele establecer quiénes han de ser considerados nacionales y quienes, en cambio, han de someterse a las medidas que el Estado establezca para el control de su admisión y permanencia en el territorio

---

<sup>646</sup> VACAS FERNÁNDEZ, 2017, p. 37.

<sup>647</sup> LÓPEZ SALA, 2005, pp. 110-111.

bajo su soberanía, en su calidad de extranjeros. De igual forma, un número considerable de textos constitucionales incorpora referencias al fenómeno migratorio desde lo orgánico como desde lo sustantivo, aplicando la tradicional distinción de la dogmática constitucional.

### **1.1 Disposiciones de carácter orgánico**

Una primera forma en que los textos constitucionales abordan el tratamiento estatal de la inmigración se despliega en el plano orgánico. En un número significativo de textos constitucionales es posible identificar disposiciones jurídicas que confieren competencias en materia migratoria y de extranjería a distintos órganos del sistema constitucional, cuestión que se produce en dos ámbitos. El primero tiene que ver con el establecimiento de reservas de ley en lo que al régimen migratorio respecta, exigiendo que la regulación del ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio corresponda a la ley y no al reglamento. Es, por ejemplo, el caso de la constitución dominicana al establecer que le corresponde al Congreso Nacional “establecer la normas relativas a la migración y el régimen de extranjería”<sup>648</sup>, o el caso de la constitución paraguaya al establecer que “las migraciones serán reglamentadas por la ley”<sup>649</sup>.

El segundo tiene que ver con la distribución de competencias en el marco de Estados federales o con algún grado importante de descentralización política, los cuales reservan el diseño de la política migratoria como una competencia exclusiva del nivel central y no de las unidades territoriales. Es, por ejemplo, el caso de la Ley Fundamental alemana, que incorpora entre las materias que abarca la legislación concurrente, el derecho de residencia y establecimiento de los extranjeros<sup>650</sup>. La constitución brasileña, del mismo modo, establece que la Unión tiene poder legislativo exclusivo con respecto a emigración, inmigración, entrada, extradición y expulsión de extranjeros<sup>651</sup>. La constitución española, en tanto, consagra como competencia exclusiva del Estado las materias relativas a nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo<sup>652</sup>. En términos muy similares lo hace la constitución mexicana<sup>653</sup>.

Sobre este último aspecto, un ejemplo particularmente emblemático es el de la Constitución ecuatoriana de 2008. El surgimiento de algunos textos constitucionales de mayor densidad

---

<sup>648</sup> Constitución de República Dominicana, 2010, artículo 93 literal g).

<sup>649</sup> Constitución de la República del Paraguay, 1992, artículo 41.

<sup>650</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 1949, artículo 73 y artículo 74 inciso 1 n° 4.

<sup>651</sup> Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988, artículo 22 XV.

<sup>652</sup> Constitución Española, 1978, artículo 149 n° 2.

<sup>653</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, artículo 73 XVI.

normativa ha contribuido a la incorporación de disposiciones que explícitamente abordan el fenómeno de la movilidad humana internacional. Producto del amplio proceso de diálogo social durante el proceso constituyente del año anterior, esta refleja una comprensión integral de la movilidad humana, que se tradujo en la incorporación de cincuenta artículos vinculados con las personas migrantes, refugiadas y desplazadas, comprendidos en siete de los nueve títulos generales de la Constitución<sup>654</sup>.

En lo que a disposiciones orgánicas respecta, la Constitución ecuatoriana consagra como competencias exclusivas del Estado central “el registro de personas, nacionalización de extranjeros y control migratorio”<sup>655</sup>. También, se le mandata a éste, entre otras cosas, velar por los derechos de las personas en contexto de movilidad humana y ejercer la rectoría de la política migratoria<sup>656</sup>. A su vez, en el título octavo (relativo a las relaciones internacionales) se consagra el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes, como un principio que rijan las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional<sup>657</sup>. Por último, en este mismo título se consagran una serie de deberes estatales con relación a la movilidad humana como parte del objetivo estratégico de la integración regional<sup>658</sup>.

## **1.2 Disposiciones de carácter sustantivo**

La segunda forma en que el tratamiento constitucional de las migraciones se produce es a través del establecimiento de disposiciones de carácter sustantivo. En primer lugar, a través de la consagración de principios o directivas en materia de políticas migratorias. Es el caso de la constitución argentina, que aún establece que el Gobierno federal “fomentará la inmigración europea, y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada al territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes”<sup>659</sup>. La constitución panameña, a su vez, establece que la inmigración será regulada “en atención a los intereses sociales, económicos y demográficos del país”<sup>660</sup>. La constitución uruguaya, por su parte, establece que en ningún caso el inmigrante

---

<sup>654</sup> MONCAYO, 2011, p. 36-37. Cabe recordar que la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, tiene cuatrocientos cuarenta y cuatro artículos en el texto permanente, y treinta disposiciones transitorias, por lo que se pronuncia sobre una gran cantidad de asuntos.

<sup>655</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 261.

<sup>656</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 392.

<sup>657</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 416 n° 6.

<sup>658</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 423.

<sup>659</sup> Constitución de la Nación Argentina, 1994, artículo 25.

<sup>660</sup> Constitución Política de la República de Panamá, 1972, artículo 14.

“adolecerá de defectos físicos, mentales o morales que puedan perjudicar a la sociedad”<sup>661</sup>. Por último, un caso sin dudas emblemático que luego justificará una referencia especial es el de la constitución ecuatoriana. Entre otras referencias a la materia, señala que el Estado velará por los derechos de las personas en movilidad humana y ejercerá la rectoría de la política migratoria<sup>662</sup>. Del mismo modo, establece que las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional propugnan 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<sup>663</sup>.

En segundo lugar, las disposiciones *ius* fundamentales han sido un terreno mucho más fértil para las referencias a la situación de las personas extranjeras en cuanto sujetos de derechos en el orden interno. Advirtiendo la relevancia que la calidad de extranjero tiene para el ejercicio de derechos aun en gran parte de los Estados contemporáneos, los textos constitucionales se han pronunciado en diversos sentidos: reconociendo derechos especiales atendido el contexto de movilidad en que se encuentran, o estableciendo una titularidad universal o diferenciada de derechos para estas personas con relación a los nacionales.

#### **a) Consagración de derechos fundamentales de movilidad humana**

En el derecho constitucional comparado, la incorporación de derechos fundamentales propios del contexto de movilidad humana internacional es igualmente una tendencia en varios textos constitucionales contemporáneos, tanto respecto del fenómeno de la migración “voluntaria” como del desplazamiento forzoso. En efecto, existen casos como el de la constitución ecuatoriana, que consagra el derecho de las personas a migrar<sup>664</sup>, al asilo y al refugio<sup>665</sup>. De igual modo, ésta prohíbe el desplazamiento arbitrario<sup>666</sup>, consagra constitucionalmente el principio de no devolución y también la prohibición de expulsiones colectivas<sup>667</sup>. La constitución egipcia de 2014 igualmente consagra “la libertad de movimiento, residencia y la libertad de migración”<sup>668</sup>.

---

<sup>661</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967, artículo 37.

<sup>662</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 392.

<sup>663</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 416.

<sup>664</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 40.

<sup>665</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 41.

<sup>666</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 42.

<sup>667</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 66 n° 14.

<sup>668</sup> Constitución de la República Árabe de Egipto, 2014, artículo 62.

Además del ecuatoriano, existen otros casos en que el derecho al asilo o al refugio es incluido en los catálogos constitucionales de derechos fundamentales, en términos más o menos amplios. Por ejemplo, la constitución boliviana reconoce a los extranjeros el derecho a pedir y recibir asilo o refugio por persecución política o ideológica, de conformidad a las leyes y los tratados internacionales<sup>669</sup>. La Constitución de la República Popular China, por su parte, establece que puede concederse asilo a los extranjeros que lo soliciten por razones políticas<sup>670</sup>. Un tercer caso es el de la constitución rusa, que consagra el derecho al refugio político a los ciudadanos extranjeros y personas sin ciudadanía, de conformidad con las reglas universalmente reconocidas en el derecho internacional<sup>671</sup>.

#### **b) Titularidad de derechos con relación a los nacionales**

Fuera de los casos anteriormente mencionados, uno particularmente importante es el relativo a las normas que se pronuncian acerca de la titularidad de derechos fundamentales para los ciudadanos extranjeros. Aunque como veremos, existen también constituciones que omiten referirse a esta cuestión, existe un número significativo de ellas que sí lo hacen, ya sea para establecer una titularidad de derechos más amplia o restringida con relación a los nacionales. La constitución argentina, por ejemplo, señala que los extranjeros gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del ciudadano<sup>672</sup>. La constitución española, en tanto, establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas garantizadas por esta en los términos que establezcan los tratados y la ley<sup>673</sup>.

Existen, por el contrario, un alto número de textos constitucionales que establecen una titularidad diferenciada de derechos para los extranjeros. Por ejemplo, la constitución colombiana diferencia la titularidad de determinados derechos como el derecho a la libre circulación, permanencia y residencia, que consagra solo para los nacionales<sup>674</sup>. Más explícita es la constitución salvadoreña para la cual los extranjeros estarán sujetos a una ley especial<sup>675</sup>, perdiendo el derecho a residir en el país si participaren directa o indirectamente en la política interna<sup>676</sup>. También la

---

<sup>669</sup> Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009, artículo 29.

<sup>670</sup> Constitución de la República Popular China, 1982, artículo 32.

<sup>671</sup> Constitución Política de la Federación de Rusia, 1993, artículo 63.

<sup>672</sup> Constitución de la Nación Argentina, 1994, artículo 20.

<sup>673</sup> Constitución Española, 1978, artículo 13

<sup>674</sup> Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 24.

<sup>675</sup> Constitución de la República de El Salvador, 1983, artículo 100.

<sup>676</sup> Constitución de la República de El Salvador, 1983, artículo 97.

constitución griega, que señala que, respecto a los extranjeros, la aplicación de las normas de derecho internacional general y de tratados internacionales estará siempre sujeta a condición de reciprocidad<sup>677</sup>.

La Constitución de Honduras es un caso particularmente restrictivo de titularidad de derechos a los ciudadanos extranjeros. Establece, por ejemplo, el que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los hondureños con las restricciones que por razones calificadas de orden público, seguridad, interés o conveniencia social establezcan las leyes<sup>678</sup>. De igual forma, establece que los extranjeros no podrán desarrollar en el país actividades políticas de carácter nacional ni internacional<sup>679</sup> hacer reclamaciones ni exigir indemnización alguna del Estado sino en la forma y casos en que pudieren hacerlo los hondureños<sup>680</sup>, ni tampoco desempeñar ciertos empleos habiendo hondureños que pudieren realizarlos<sup>681</sup>. Además, consagra que, en igualdad de condiciones, los trabajadores hondureños tendrán preferencia sobre los trabajadores extranjeros<sup>682</sup>. En el caso de la constitución panameña, existe igualdad ante la ley entre nacionales y extranjeros, salvo que, por razones de trabajo, salubridad, moralidad, seguridad pública o economía nacional, se subordine a condiciones especiales o se niegue el ejercicio de determinadas actividades a los ciudadanos extranjeros<sup>683</sup>.

## **2. ¿Constituciones sin referencias explícitas al fenómeno migratorio?**

Como mencionamos anteriormente, existen textos constitucionales con ciertas referencias al fenómeno migratorio desde lo orgánico o lo sustantivo, aunque descansando siempre en la ley como fuente jurídica predominante para la regulación de ingreso y permanencia de las personas migrantes en el territorio estatal. Una regulación detallada como la existente en la referida Constitución ecuatoriana, por su parte, no es la tendencia en el constitucionalismo comparado. Fuera de estas hipótesis, existen igualmente casos en los cuales dichas disposiciones no existen, guardando ciertos textos constitucionales un completo silencio sobre el asunto, cuestión que no ha sido obstáculo alguno para que el resto de las normas constitucionales incidan igualmente en la configuración, aplicación e interpretación del derecho migratorio interno.

---

<sup>677</sup> Constitución de Grecia, 1975, artículo 28.

<sup>678</sup> Constitución Política de la República de Honduras, 1982, artículo 31, inciso 1.

<sup>679</sup> Constitución Política de la República de Honduras, 1982, artículo 32.

<sup>680</sup> Constitución Política de la República de Honduras, 1982, artículo 33.

<sup>681</sup> Constitución Política de la República de Honduras, 1982, artículo 34.

<sup>682</sup> Constitución Política de la República de Honduras, 1982, artículo 137.

<sup>683</sup> Constitución Política de la República de Panamá, 1972, artículo 20.

Piéñese, por ejemplo, en el caso de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, destino migratorio predilecto por millones de personas, pero cuyo texto no contiene referencias explícitas sobre esta materia. Durante un largo periodo, la Corte Suprema de los Estados Unidos formuló la llamada “doctrina del poder plenario” (*plenary doctrine power*) del Estado sobre el control de la inmigración, considerada “una de las construcciones más duraderas del derecho público estadounidense”<sup>684</sup>, a partir de la “cláusula de comercio”<sup>685</sup>. Esta es una disposición constitucional que concede al Congreso el poder de “regular el comercio con naciones extranjeras, y entre varios Estados, y con las tribus indias”<sup>686</sup>.

Otro ejemplo es el caso español. La Constitución de 1978 dedica un precepto específico a los emigrantes españoles, encomendando al Estado a velar por sus derechos en el extranjero y promover su retorno. En cambio, nada dice en relación a la inmigración<sup>687</sup>. Esto no ha sido obstáculo para que sus normas comenzaran a incidir enseguida en el trato a los inmigrantes por parte de la autoridad estatal. La influencia se ha dado, en la medida que el sistema general de libertades y las reglas del Estado democrático de derecho influían sobre todos los poderes públicos (en especial sobre la Administración, que pasaba a mejorar su actuación, en general, y en el tratamiento de los extranjeros). Además, la nueva democracia procedió enseguida a la aprobación de los principales tratados internacionales de derechos<sup>688</sup>.

De esta manera, el Tribunal Constitucional español ha consolidado una jurisprudencia que, por ejemplo, ha interpretado extensivamente la titularidad del derecho a la igualdad ante la ley, que el tenor literal del artículo 14 predica exclusivamente de los españoles<sup>689</sup>, también a los extranjeros. En múltiples fallos, dicho tribunal ha planteado que existe un núcleo de derechos que corresponden a todas las personas (incluyendo a las personas migrantes), tal como sucede con aquellos derechos fundamentales “que pertenecen a la persona como tal y no como ciudadano”, es decir, “con aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 (...) constituye fundamento del orden político español”<sup>690</sup>.

---

<sup>684</sup> Así lo ha afirmado Matthew Lindsay, al plantear que esta doctrina ha sobrevivido incluso a la liberalización de la política de inmigración del Congreso de los Estados Unidos en 1965, y a las revoluciones de los derechos civiles y el debido proceso de las décadas de 1960 y 1970. LINDSAY, 2010, pp. 3-4.

<sup>685</sup> SONG, 2019, pp. 18-19.

<sup>686</sup> Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, 1787, artículo 1, sección 8.

<sup>687</sup> Constitución Española, 1978, artículo 42.

<sup>688</sup> AJA, 2012, pp. 66-67.

<sup>689</sup> Constitución Española, 1978, artículo 14.

<sup>690</sup> En este sentido, por ejemplo: Tribunal Constitucional de España, STC 107/1984; STC 99/1985; STC 115/1987; STC 94/1993; STC 242/1994; STC 95/2000.

Como veremos, el propio derecho migratorio chileno ha sufrido también transformaciones derivadas de la aplicación de valores, normas y principios de la Constitución de 1980<sup>691</sup>. Tal como advirtió Favoreu, la transformación que ha significado la aplicación e interpretación de la legislación migratoria y de extranjería en clave de derechos fundamentales, podría considerarse una “modernización liberalizadora” del estatuto de la condición jurídica de las personas migrantes<sup>692</sup>. Por ejemplo, la incidencia del derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho al debido proceso, o el principio de protección de la familia, han exigido limitar muchas de las prerrogativas de los Estados en materia migratoria, que históricamente se habían considerado una legítima manifestación de la soberanía estatal sobre el control de las fronteras.

Un caso emblemático en lo que respecta a la constitucionalización del derecho migratorio y de extranjería durante la segunda mitad del s. XX, es el resuelto por el Consejo de Estado francés en el fallo *Dame Montcho* del 11 de julio de 1980. El señor *Montcho*, extranjero residente de forma regular en Francia desposó a dos mujeres en su país de origen (Dahomey, actual Benín), de conformidad a su legislación nacional que autorizaba la poligamia. De ambas uniones nacieron hijos. La primera esposa e hijos obtuvieron el visado para residir en Francia, más no la segunda esposa e hijos. El argumento de la autoridad migratoria para rechazar el visado fue que la unión poligámica era atentatoria del orden público francés. En consecuencia, se ordenó la expulsión inmediata tanto de la segunda cónyuge, como de sus hijos<sup>693</sup>.

Resolviendo de la impugnación a dicho acto, la expulsión fue confirmada por el tribunal administrativo. Sin embargo, de igual manera el Ministerio del Interior francés sometió a consideración del Consejo de Estado el determinar si la cohabitación del señor *Montcho* junto a sus dos esposas e hijos resultaba contraria al orden público de acuerdo con la ley de dicho país. Este resolvió razonando que la existencia del derecho de las familias extranjeras a reconstituirse, de conformidad al preámbulo de la Constitución francesa de 1948, era incompatible con la expulsión decretada. En efecto, la segunda esposa del señor *Montcho* llevaba cinco años en el país y era tutora legal de sus hijos, por lo que la expulsión ocasionaría un grave perjuicio a la unidad familiar<sup>694</sup>. Como veremos más adelante, estas mismas consideraciones han estado presentes en los

---

<sup>691</sup> Por ejemplo, la incidencia del principio de protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1º incisos 2 y 4 de la Constitución de 1980) sobre el estatuto de la expulsión del país, en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia conociendo de *habeas corpus*. Nos referiremos a este punto más adelante.

<sup>692</sup> FAVOREU, 2001, p. 41.

<sup>693</sup> VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, 2003, pp. 11-12.

<sup>694</sup> Consejo de Estado francés, arrêt *Ministre de l'Intérieur c/ Mme. Montcho*, 1980.



razonamientos de los tribunales superiores de justicia para transformar el sistema de expulsiones bajo la ley chilena.

Este ha sido precisamente el modo en que ha operado el proceso de “constitucionalización” del derecho migratorio a nivel comparado. Por lo general son las disposiciones generales y de derechos fundamentales las que mayor incidencia han tenido en la aplicación e interpretación de las leyes de inmigración y extranjería en clave constitucional. Aquello ha contribuido a la reconfiguración de las legislaciones estatales encargadas de gestionar los flujos migratorios, en la medida que se han fortalecido las garantías de que gozan las personas migrantes en el territorio del Estado receptor. En particular, esta incidencia se ha producido desde aquella dimensión del proceso que Favoreu ha llamado “constitucionalización-transformación”. En virtud de esta, los derechos y libertades constitucionales no solo impregnan las diversas ramas del derecho, sino que las transforman, al provocar un cambio en su contenido. Este cambio de contenido produce una “modernización liberalizadora”, puesto que los cambios se analizan como avances dirigidos o implicados por la lógica de los derechos fundamentales<sup>695</sup>.

### **III. El caso chileno: el tratamiento de la migración y extranjería en la Constitución de 1980**

Tal como hemos señalado con anterioridad, el caso chileno resulta particularmente interesante de revisar atendido a que se trata del país latinoamericano que, en los últimos años, ha alcanzado la más alta proporción de población migrante (8,61% de la población total al 2020<sup>696</sup>), superando a países como Finlandia<sup>697</sup> y acercándose a las tasas de países del sur europeo como Portugal<sup>698</sup> o Italia<sup>699</sup>. Colocada en el contexto comparado que acabamos de revisar, la Constitución chilena de 1980 es de aquellas cuyo texto no contiene referencias explícitas al fenómeno de las migraciones, sin perjuicio de lo cual ha incidido de manera decisiva en la configuración del sistema de control migratorio, fundamentalmente a través de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia conociendo de acciones de tutela de derechos fundamentales, como también a través de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) y del Tribunal Constitucional.

---

<sup>695</sup> FAVOREU, 2001, pp. 40-41.

<sup>696</sup> UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, 2020

<sup>697</sup> 6,97% del total de la población al 2020. UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, 2020.

<sup>698</sup> 9,83% del total de la población al 2020. UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, 2020.

<sup>699</sup> 10,56% del total de la población al 2020. UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, 2020.

## **1. La irrelevancia constitucional de la nacionalidad en el contexto de un proyecto político hostil a la “amenaza foránea”**

Antes de entrar en materia, vale la pena comenzar con una reflexión en perspectiva histórica. Aunque la omisión a la “cuestión migratoria” en el texto constitucional de 1980 no resulte sorprendente considerando que las tasas de inmigración hacia Chile han sido históricamente bajas, y solo durante la última década han sufrido un incremento sustancial, sostener que se trata de una constitución particularmente garantista con los derechos de las personas extranjeras puede resultar contra intuitivo para el lector que tome en cuenta el contexto histórico en que se gesta el proyecto constitucional de la dictadura militar. Explicar este asunto exige detenernos en una breve revisión de la historia del control migratorio en el derecho chileno, lo que nos permitirá evidenciar y darle sentido a la llamativa inconsistencia entre el texto constitucional y un discurso político hostil hacia “lo extranjero”.

### **1.1 El rol de la “subversión extranjera” en la instauración del control migratorio en Chile**

Hasta fines de la década de 1910, las fronteras de Chile estuvieron abiertas a la llegada de ciudadanos provenientes de todas partes del mundo<sup>700</sup>. La implementación de un sistema de control migratorio se produjo recién durante la llamada época de la “cuestión social”<sup>701</sup>. Dicho periodo, caracterizado por el auge de movimientos por reivindicaciones sociales y laborales, por primera vez instaló la inquietud del Estado por restringir la libertad de desplazamiento y residencia de los extranjeros en el país. Varios factores contribuyeron a la decisión estatal por regular el ingreso y la permanencia de las personas extranjeras en Chile. Entre ellos, la progresiva presión de grupos nativos en cuanto a adquirir privilegios y estímulos equivalentes a los recibidos por los migrantes europeos, el notorio incremento de los migrantes libres destinados a labores industriales y el

---

<sup>700</sup> Desde los inicios de la historia republicana, y durante todo el s. XIX y primeras décadas del s. XX, rigió en Chile un sistema de inmigración libre. Al mismo tiempo, el Estado fomentaba políticas de inmigración dirigida y selectiva de ciudadanos europeos (alemanes, suizos, franceses, entre otros) con el objeto de colonizar provincias “despobladas”, fomentar la industria y el comercio, y contribuir a la “mejora racial” de la población. En este sentido: LARA, 2014, pp. 63-80, y DURÁN Y THAYER, 2017, pp. 432-442.

<sup>701</sup> Debemos entender por “cuestión social”, la discusión pública referida fundamentalmente a las paupérrimas condiciones de vida de obreros y trabajadores en las ciudades entre fines del s. XIX y comienzos del s. XX. Esta cuestión que comenzó a tener un lugar en la opinión pública chilena mediante artículos de prensa y trabajos publicados en revistas académicas durante las cuatro décadas que van entre 1880 y 1920. Esto produjo movilizaciones sociales y protestas de sectores populares y de trabajadores. Me estoy remitiendo aquí a lo planteado por VALDIVIESO, 1999, p. 554 y ULLOA, 2003, p. 2.

reconocimiento estatal del fracaso del proyecto de inmigración selectiva que se hubiera emprendido durante la segunda mitad del s. XIX<sup>702</sup>.

Sin embargo, en buena medida la génesis del control migratorio en Chile fue una consecuencia directa del hecho que las cúpulas dirigenciales de muchos movimientos de base obrera, estuvieran integradas por ciudadanos foráneos importadores de ideologías como el anarquismo y el socialismo: “ideas disolventes, anarquistas, maximalistas, revolucionarias”<sup>703</sup>. Dichas ideologías eran consideradas “perniciosas, inmorales o contrarias a la seguridad interior del Estado”<sup>704</sup>, en un contexto ideológico de activación del nacionalismo<sup>705</sup>. Diversos sectores de la clase dominante comenzaron a buscar explicaciones ante el aumento de la conflictividad social y la creciente organización sindical. La inquietud de la clase dominante ha sido planteada en términos provocadores en el trabajo de Plaza y Muñoz: “¿Cómo era posible que el ‘roto’<sup>706</sup> chileno, antes obediente y taciturno, se volviese ahora un ‘levantisco’, ‘desafiante’ e ‘interpelador’? La respuesta fue encontrada en la influencia foránea”<sup>707</sup>.

Los casos del movimiento obrero patagónico o del movimiento minero en la “cuenca del carbón” son ejemplos evidentes de ello. En la lejana Patagonia, el control sobre el tránsito de personas por la infinita estepa donde la frontera chileno-argentina resulta imperceptible, solo vino a establecerse como consecuencia de la insurgencia obrera. El imaginario colectivo austral, desde entonces visualizaba la figura del extranjero propietario como “prohombre”: un ser mítico portador de progreso en una región inhóspita. Sin embargo, el obrero extranjero fue desde entonces percibido como un “agitador” que ponía en peligro las conquistas del desarrollo<sup>708</sup>. Durante las primeras décadas del s. XX, organizaciones como la Federación Obrera de Magallanes, estuvieron dirigidas casi exclusivamente por ciudadanos extranjeros, mayoritariamente españoles<sup>709</sup>. El patrón se repite a propósito de las grandes huelgas de mineros del carbón en Lota, Coronel y Curanilahue

---

<sup>702</sup> DURÁN Y THAYER, 2017, p. 445.

<sup>703</sup> PLAZA Y MUÑOZ, 2013, p. 110.

<sup>704</sup> CASTEDO, 2001, p. 225.

<sup>705</sup> DURÁN Y THAYER, 2017, p. 445.

<sup>706</sup> La expresión “roto” ha sido una denominación típica para referirse al chileno promedio: mestizo y de origen urbano. Este tipo nacional representativo de la chilenidad fue durante largo tiempo una figura minusvalorada y luego resignificada y enaltecida como símbolo nacional. El interesante artículo de GUTIÉRREZ plantea cómo la creación de esta figura revela las enormes dificultades que, desde la formación de la República, ha tenido Chile para dialogar con la diversidad. En la búsqueda de una identidad nacional, surgen figuras como el “roto chileno”, como símbolo de la pretendida homogeneidad racial. GUTIÉRREZ, 2010.

<sup>707</sup> PLAZA Y MUÑOZ, 2013, p. 109

<sup>708</sup> HARAMBOUR, 2016.

<sup>709</sup> MARTINIC, 1992, p. 914.

(la mayor de ellas el año 1920), en las que fue relevante la influencia de dirigentes extranjeros anarquistas y comunistas. Entre ellos, el “subversivo” comunista italiano Lorenzo Loggia Fratti, quien resultaría luego expulsado por sus actividades de propagación de ideas políticas que incitaban a los trabajadores del carbón a las huelgas<sup>710</sup>.

Este contexto de desconfianza hacia determinados extranjeros, propició el hito fundacional del control migratorio en el derecho nacional. Pese a la escasa significación numérica de la inmigración en el Chile de aquel entonces, el agitado contexto social generó un efecto amplificado de temor en la clase dominante<sup>711</sup>. Es cierto que en ello también incidieron otros factores (como el auge del nacionalismo frente al, hasta hace pocos años, “máximo histórico” de población extranjera en Chile: 4%). Sin embargo, la cuestión de la “subversión foránea” generó en buena medida la instalación del control migratorio en Chile, a través de la Ley N° 3.446 del 12 de diciembre de 1918, “que impide la entrada al país o la residencia en él de elementos indeseables”.

Ella sentó las bases para el desarrollo de un aparato jurídico y policial que tuvo como objetivo central “contener” la llegada de sujetos e ideas “subversivas”<sup>712</sup>. Este cuerpo normativo, conocido durante su vigencia como Ley de Residencia, no tenía por objeto desincentivar el ingreso de cualquier extranjero al país. Aunque prohíbe el ingreso por razones de criminalidad, sanitarias o socioeconómicas, su principal objetivo era controlar a aquellos que resultaban molestos para las autoridades. Esto, al considerarse que el movimiento obrero y sus huelgas, eran obra de “agitadores” foráneos<sup>713</sup>. Mientras tanto, buena parte de la actividad económica del país reposaba sobre capitales también extranjeros, que, en cambio, eran vistos con buenos ojos por el poder político<sup>714</sup>.

La Ley de Residencia de 1918 estableció por primera vez prohibiciones de ingreso a Chile para ciudadanos extranjeros. Además, facultaba al Intendente del Territorio a expulsar a quienes se encontraran comprendidos en alguna de estas prohibiciones, e impuso el deber de inscripción en registros y obtención de cédula de identidad en las prefecturas de policía del país. Destacan especialmente aquellas prohibiciones vinculadas con la protección a la seguridad interior. Así, se

---

<sup>710</sup> VALENZUELA, 2013, p. 80.

<sup>711</sup> PLAZA Y MUÑOZ, 2013, p. 110.

<sup>712</sup> “Para los elementos productores representados en el Congreso, la mejor solución era dictar pronto la Ley de Residencia, que permitiera impedir la entrada y arrojar del país a los elementos extranjeros subversivos (...)”, RIVAS VICUÑA, 1964, p. 136.

<sup>713</sup> VALENZUELA, 2013, p. 80.

<sup>714</sup> Véase, por ejemplo: FORSTALL, 2015, o MARTINIC, 2002.

prohibió el ingreso a todos los extranjeros que practicaran o enseñaran la alteración del orden social o político por medio de la violencia, o los que de cualquier modo propagaran doctrinas incompatibles con la unidad o individualidad de la Nación, los que provocaran manifestaciones contrarias al orden preestablecido, o se dedicaran a tráficos ilícitos que pugnen con las buenas costumbres o el orden público<sup>715</sup>.

Con la Ley de Residencia de 1918 se inició un proceso de limitación progresiva de la libertad de circulación y residencia de los extranjeros en territorio nacional. Simultáneamente, la “amenaza” foránea fue combatida a través de la dictación de leyes de defensa de la seguridad nacional y el orden público. Por ejemplo: el decreto que estableció como delito contra la seguridad interior la propagación de noticias tendenciosamente falsas<sup>716</sup>; el decreto que reguló tipos penales como la apología a la violencia, la propagación y promoción de doctrinas subversivas, o la incitación a la revuelta o al terrorismo<sup>717</sup>; la Ley sobre Seguridad Interior del Estado<sup>718</sup>, entre otras. Estos instrumentos facultaron a órganos de la Administración a decidir sobre el ingreso, permanencia y expulsión de determinadas personas consideradas potencialmente peligrosas para el orden político y económico.

Pese a la introducción de estas nuevas normas, asociar “lo extranjero” con una potencial amenaza a la seguridad nacional fue una constante en el derecho nacional durante el siglo XX. De hecho, la Ley de Residencia de 1918 estuvo vigente durante casi seis décadas. Otras normas, como el Decreto con Fuerza de Ley N° 69 de 1953, que crea el Departamento de Inmigración dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores y establece otras disposiciones sobre extranjeros, profundizaron la misma tendencia. De hecho, se ha señalado que esta legislación integra de modo definitivo la concepción de la migración como un fenómeno potencialmente atentatorio contra la estabilidad nacional, y cuya dinámica debe condicionarse a las cualidades sociales, psicológicas, actitudinales y morales del inmigrante<sup>719</sup>.

---

<sup>715</sup> Ley N° 3.446, 1918, artículo 2°.

<sup>716</sup> Decreto con Fuerza de Ley N° 143, 1931.

<sup>717</sup> Decreto Ley N° 50, 1932.

<sup>718</sup> Ley N° 12.927, 1958.

<sup>719</sup> DURÁN Y THAYER, 2017, p. 452.

## 1.2 El “enemigo externo”: La inspiración nacionalista tras el proyecto refundacional de la dictadura

El Golpe de Estado de 1973 marcó el inicio de una nueva profundización de las restricciones a la movilidad humana internacional fundada en razones políticas o de seguridad nacional. El especial rigor que el nuevo régimen aplicaría a los “activistas extranjeros” fue advertido desde el mismo 11 de septiembre. El Acta de Constitución de la Junta Militar de Gobierno señalaba que esta asumía el Mando Supremo de la Nación con el patriótico compromiso de “restauración de la chilenidad”<sup>720</sup>. Además, uno de los primeros comunicados de la Junta al país, el Bando N° 3, declaraba:

“Se advierte a la población no dejarse llevar por posibles incitaciones a la violencia que puedan emanar de activistas nacionales o extranjeros. Que estos últimos entiendan que en este país no se aceptan actitudes violentistas, debiendo por esto deponer cualquier actitud extrema, sin perjuicio de las medidas que se adopten para su pronta expulsión de Chile, o en su defecto, serán sometidos al rigor de la justicia militar<sup>721</sup>”.

Dicha advertencia se materializó luego, con la dictación de una serie de decretos leyes que vinieron a reforzar el control estatal sobre el tránsito y la permanencia de personas extranjeras en el país. Fue el caso del Decreto Ley N° 81 de 1973, que fijó, por razones de Seguridad del Estado, sanciones para las personas que desobedecieran “el llamamiento público que indica el gobierno”, o el Decreto Ley N° 604 de 1974, que prohibió el ingreso de personas al territorio nacional en los casos que se indicaren. El primero de estos castigaba penalmente el desacato al llamamiento a presentarse ante las autoridades del régimen, al mismo tiempo que facultó al gobierno para disponer de la expulsión del país tanto a extranjeros, como también a chilenos cuando así lo requirieran los “altos intereses de la seguridad del Estado”<sup>722</sup>, y penalizó el ingreso clandestino al país desde el presidio mayor en su grado máximo hasta la pena de muerte<sup>723</sup>. El segundo, reforzaba el control del ingreso al país fundado en razones políticas y de seguridad nacional. Reproduciendo en buena medida lo dispuesto en la Ley de Residencia de 1918, prohibía el ingreso a extranjeros o chilenos que propagaran o fomentaran doctrinas que tendieran a destruir o alterar por la violencia el orden

---

<sup>720</sup> Decreto Ley N° 1, 1973.

<sup>721</sup> Tercer comunicado de la Junta Militar, 1973.

<sup>722</sup> Decreto Ley N° 81, 1973, artículo 2.

<sup>723</sup> Decreto Ley N° 81, 1973, artículo 4.

social del país, o su sistema de gobierno<sup>724</sup>. De igual modo, a quienes estuvieren sindicados o tuvieran reputación de ser “agitadores” o “activistas” de tales doctrinas, sancionando con el presidio mayor en su grado máximo a quienes ingresaren al país en contravención a dichas prohibiciones<sup>725</sup>. Estos instrumentos al servicio del régimen fueron utilizados como mecanismos de persecución política. De paso, generaron consecuencias importantes en el estatus migratorio de las comunidades extranjeras residentes en Chile, forzándolos a abandonar el país o a residir en él en la clandestinidad.

Chile no era considerado entonces un país destino para las migraciones internacionales. Mucho menos tras el golpe de Estado y la consolidación de la dictadura militar. De allí que el temprano interés del régimen por regular la condición de los extranjeros en territorio nacional puede explicarse, entre otras cosas, por la personificación de estos como “enemigo externo”<sup>726</sup>. La manifestación más patente de esta cuestión fue la dictación en 1975, meses antes de cumplirse el segundo aniversario del golpe militar, del Decreto Ley N° 1094 que estableció normas para los extranjeros en Chile. Esta ley, vigente hasta 2022, no supuso una ruptura total respecto de la legislación anterior, sino que una consolidación de ciertos elementos que, como vimos, venían gestándose ya desde fines del s. XIX y comienzos del s. XX<sup>727</sup>.

El proyecto político de la Dictadura Militar fue de inspiración marcadamente nacionalista. La influencia extranjera había sido considerada por las Fuerzas Armadas una de las causas que precipitó el golpe de Estado<sup>728</sup>. En consecuencia, la necesidad de erradicar la injerencia externa estuvo en el centro de las preocupaciones del régimen. Uno de los objetivos fundamentales de la “reconstrucción”, declarados por la Junta de Gobierno, fue “hacer de Chile una gran nación”. Para ello, perseguir la “integración espiritual del país” fue una de las prioridades. Este fue el fundamento para promover medidas tendientes a fortalecer el Estado nación y la uniformidad cultural de la población. En cambio, las “ideologías foráneas” y la “invasión cultural extranjerizante” conspiraban contra dicho propósito<sup>729</sup>.

---

<sup>724</sup> Decreto Ley N° 604, 1974, artículo 1.

<sup>725</sup> Decreto Ley N° 604, 1974, artículo 3.

<sup>726</sup> LARA, 2014, p. 81.

<sup>727</sup> STEFONI, 2011, p. 82.

<sup>728</sup> El Decreto Ley N° 1 del 11 de septiembre de 1973, por el cual se constituyó la Junta de Gobierno, invocaba como una de las justificaciones para el golpe militar el hecho que “Chile se encuentra en un proceso de destrucción sistemática e integral de los elementos constitutivos de su ser, por efecto de la intromisión de una ideología dogmática y excluyente, inspirada en los principios foráneos del marxismo-leninismo” (considerando 3°).

<sup>729</sup> Declaración de Principios del Gobierno de Chile, 1974, III.1.

La época de dictación de la hasta hace poco vigente Ley de Extranjería chilena coincide con pleno proceso de elaboración de un anteproyecto de Nueva Constitución, por parte de una Comisión de Estudio designada para tal efecto recién iniciado el régimen autoritario. Este es el contexto en el cual viene a gestarse la elaboración de la Constitución Política de 1980<sup>730</sup>. De allí que resulte contra intuitivo o incluso paradójico, que una Constitución Política gestada durante un régimen dictatorial de corte nacionalista e impuesta autoritariamente, acabare instaurando un modelo en que la nacionalidad es un atributo irrelevante para el ejercicio de la gran mayoría de los derechos. Como ya se adelantó en el apartado anterior, una serie de rasgos de la Constitución chilena, que serán desarrollados en lo sucesivo de este capítulo, permiten afirmar que estamos en presencia de un marco constitucional incompatible con un régimen restrictivo con la movilidad humana internacional o con una política migratoria de carácter discriminatoria o que instrumentalice a las personas migrantes.

En efecto, es posible advertir una inconsistencia entre el texto constitucional y la mirada hacia “lo extranjero” de la dictadura. Al menos en materia de extranjería, la inspiración nacionalista del régimen cedió ante la filosofía política neoliberal que subyace a la Constitución de 1980. En dicha filosofía prima el individualismo exagerado y libre de interferencias, que tiende hacia la minimización de la acción estatal. En este giro tuvieron una responsabilidad fundamental la incorporación de asesores civiles a la dictadura que enfrentaron el desafío de acomodar la democracia dentro de un complejo conservador - liberal, cuyos pilares fundamentales fueron las nociones de autoridad y libertad<sup>731</sup>. En dicho acomodo, la configuración amplia de las libertades individuales ante la intervención estatal acabó por inspirar en buena medida el sistema constitucional de derechos fundamentales. De este modo, se persiguió instalar un modelo de Estado que no interfiriera en los planes de vida particulares de las personas, garantizando la libre iniciativa particular y la protección de la propiedad privada<sup>732</sup>.

---

<sup>730</sup> La Constitución Política de 1980 es la que mayor cantidad de reformas ha experimentado en su texto en toda la historia constitucional chilena. Pese a esto, no ha cambiado significativamente en sus aspectos fundamentales (sello neoliberal y autoritario). En 1989, en el comienzo de la transición hacia la democracia, se plebiscitaron 54 enmiendas negociadas previamente entre los representantes de la dictadura y de la oposición democrática. Tras esto, ha sido modificada por más de 20 leyes de reforma constitucional, sumando a la fecha más de 300 modificaciones al texto original. Cito aquí a RUIZ-TAGLE, 2016, pp. 163-164.

<sup>731</sup> CRISTI, 2011, p. 35

<sup>732</sup> FERNANDOIS, 2006, pp. 73-74.



## 2. Las “bases de la institucionalidad” como un marco para el diseño de una política de control a los flujos migratorios

La Constitución chilena de 1980 no obedece a opciones políticamente neutras<sup>733</sup>. Por el contrario, se compromete axiológicamente con una serie de principios llamados a inspirar el sistema institucional, y que han sido consideradas la base del modelo de Estado constitucional democrático en Chile. Estos principios, establecidos en el primer capítulo de dicho texto constitucional (que recibió el nombre de “Bases de la Institucionalidad”), dicen relación con la concepción filosófico-política que la Constitución adoptó sobre la persona humana, la sociedad y el Estado. Por lo tanto, han definido el marco general dentro del cual deben organizarse todas las instituciones del Estado y desarrollarse la convivencia nacional. De este modo, concentra las definiciones políticas e ideológicas que fundan la “Quinta República” de Chile<sup>734</sup>.

A poco de iniciada su instalación, tras la entrada en vigor del texto constitucional, el Tribunal Constitucional sostuvo que dicho capítulo era “de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”<sup>735</sup>. En este entendido, el sentido y alcance de sus disposiciones es un insumo ineludible para el poder público, a la hora de instalar un sistema de control a los flujos migratorios, del mismo modo que sucede con cualquier otra actividad estatal. Esto es así, en cuanto los principios constitucionales no tienen un mero valor programático, sino “estructurante” del ordenamiento jurídico, participando de la vigencia normativa del texto constitucional y señalando los límites materiales dentro de los cuales puede desarrollarse el ordenamiento jurídico<sup>736</sup>.

Abordaremos en este apartado aquellos principios de carácter axiológico, dejando a un lado aquellos que tradicionalmente han sido definidos por la dogmática constitucional chilena como principios de carácter jurídico-político<sup>737</sup>. En buena medida, abordamos estos últimos en nuestro

---

<sup>733</sup> BASSA, 2015, p. 32.

<sup>734</sup> VIERA, 2015, p. 35. “En la Quinta República se ha consolidado una forma política neoliberal, en cuanto a la dogmática y al ejercicio de los derechos, y neo-presidencialista, en cuanto a la definición de su orgánica constitucional”. RUIZ-TAGLE, 2016, 199.

<sup>735</sup> Tribunal Constitucional, 27.10.1983, Sentencia Rol N° 19, considerando 9°.

<sup>736</sup> BASSA, 2008, p. 135.

<sup>737</sup> La dogmática constitucional chilena suele sistematizar el contenido de las Bases de la Institucionalidad planteando que en ellas es posible identificar principios de dos clases: axiológicos y jurídico-políticos. Los primeros (que en ocasiones también son denominados “valores”, o “principios sociales”) establecen la filosofía constitucional en relación con la persona, la sociedad y el Estado, u opciones ético-sociales básicas. Los segundos en cambio, son aquellos que determinan la forma política del Estado (republicana, unitaria, democrática) y los límites jurídicos al

primer capítulo al dar cuenta del modelo de Estado constitucional democrático y sus rasgos fundamentales (como la idea de Estado de derecho o Estado democrático). Igualmente volveremos a estos principios en el capítulo cuarto, donde desarrollaremos la discusión filosófico política existente acerca del modelo de control migratorio más compatible con el pensamiento liberal-democrático.

Los principios axiológicos que desarrollaremos a continuación están fundamentalmente contenidos en el artículo 1º del texto constitucional de 1980, el cual explicita una serie de definiciones constitucionales en relación con la persona humana, la sociedad y el Estado. En los términos planteados por el Tribunal Constitucional, es “uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario, refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución”<sup>738</sup>.

## **2.1 La supremacía de la persona humana en relación al Estado**

La ideología que subyace a la Constitución de 1980 descansa en la premisa según la cual la persona humana es anterior al Estado, y por tanto ontológicamente superior a éste. Esta es una clara consecuencia de la inspiración filosófica de quienes influyeron en su elaboración. La dictadura militar, gracias a la influencia de asesores civiles constitucionalistas, tempranamente incluyó esta máxima como uno de los principales dogmas que sostendrían la nueva institucionalidad<sup>739</sup>. Este principio ubica como “pilar central” o “piedra angular” de la ordenación constitucional a la persona humana<sup>740</sup>. Dicho texto constitucional inicia, en el primer inciso de su artículo 1º, estableciendo que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, para luego en su inciso cuarto, declarar que “el Estado está al servicio de la persona, y su finalidad es promover el bien común”. La filosofía que estas disposiciones entrañan, sosteniendo la preexistencia del individuo al Estado, acarrea algunas consecuencias para el enfoque con que el Estado debe abordar el fenómeno de la movilidad humana.

---

ejercicio del poder estatal (Estado de derecho, distribución de competencias, probidad y publicidad). Un ejemplo de este ejercicio de sistematización, en VIVANCO, 2006, pp. 33-39.

<sup>738</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 53, 1988, considerando 12º.

<sup>739</sup> Es así como, en la declaración de principios de marzo de 1974 el punto se exponía de la siguiente manera: “Tanto desde el punto de vista del ser como desde el punto de vista del fin, el hombre es superior al Estado. Desde el ángulo del ser, porque mientras el hombre es un ser sustancial, la sociedad o el Estado son solo seres accidentales de relación (...) Y también tiene prioridad el hombre desde el prisma del fin, porque mientras las sociedades o Estados se agotan en el tiempo y en la historia, el hombre los trasciende, ya que vive en la historia, pero no se agota en ella” (punto 2.II).

<sup>740</sup> SILVA BASCUÑÁN, 1997, pp. 21-22.

### **a) Las personas migrantes como sujetos de derechos**

Esta concepción de la persona humana incide en la mirada con que el Estado debe tratar a quienes migran. Advirtiéndose una decisión constitucional en favor de un diseño institucional que coloque en el centro a la persona humana, resulta necesario reconocer también a las personas migrantes derechos innatos de libertad, igualdad y dignidad, cuestión que este no puede desconocer en razón de su calidad de extranjeros. Aunque aquello puede resultar obvio, aun en muchos contextos el fenómeno de la movilidad humana es abordado por los Estados desde un enfoque que coloca en el centro intereses distintos a la persona humana, como la seguridad interior. Lo planteamos al dar cuenta del enfoque “securitista” y el enfoque “de mercado”, en nuestro primer capítulo<sup>741</sup>.

En efecto, no es infrecuente que el diseño de los sistemas de control migratorio permanezca anclado en la perspectiva de la “securitización”, asociando la inmigración a fenómenos como el terrorismo, el narcotráfico o la delincuencia organizada. La inmigración se adscribe así a la criminalidad, tratándose como figuras equivalentes que deben combatirse como objetivo social y políticamente prioritario, a través de la actividad policial<sup>742</sup>. Este enfoque visualiza a las personas que desean cruzar las fronteras como una potencial amenaza para la seguridad interior, debiendo ser objeto de un estricto control estatal.

De este modo, la preocupación por la dignidad de quienes migran se ve desplazada por el discurso de la seguridad. Ello resulta incompatible con una institucionalidad que declara sentar sus bases en la persona humana, en la medida que la persona migrante es considerada exclusivamente un “objeto de control” para el Estado. En cambio, el único enfoque compatible con la concepción de la persona con que la Constitución chilena se compromete, es reconocer a las personas migrantes la calidad de “sujeto de derechos”. No cabe colocarles en un plano distinto al de los nacionales con fundamento en su calidad de extranjeros, en la medida que con la denominación “persona” se ha pretendido comprender a toda la especie humana<sup>743</sup>.

---

<sup>741</sup> A este respecto, el punto 4 de la segunda sección del capítulo 1, titulado “Los enfoques de ‘política migratoria’ o modelos de ‘gobernanza migratoria’.

<sup>742</sup> VELASCO, 2016, p. 41.

<sup>743</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional chileno ha sostenido que: “Desde el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución se sostiene que ‘las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos’. Esta dignidad común desde el nacimiento de nacionales y extranjeros, exige una fuerte argumentación contraria que demuestre la necesidad, justificación y finalidad en un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos”. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-12, 2013, considerando 30º.

Encontrar un sistema de control a los flujos migratorios que respete este principio constitucional básico exige adoptar una mirada que no considere exclusivamente la seguridad. Es el caso de la política de control migratorio “con rostro humano”, amparada en el discurso de los derechos humanos para legitimar su instrumentación. Una gestión de los flujos migratorios desde esta perspectiva, que también se ha denominado de “governabilidad migratoria”, concilia el objetivo de controlar los flujos migratorios internacionales con el marco impuesto por los derechos humanos de las personas migrantes, especialmente con el respeto por su dignidad<sup>744</sup>.

## **b) La relevancia de la autodeterminación individual**

Uno de los rasgos más característicos del sistema constitucional chileno bajo el texto de 1980 es el amplio margen concedido a la libre iniciativa individual. Esto ha sido considerado una consecuencia de la filosofía humanista y no estatista que le inspira, y del principio de supremacía de la persona humana en relación al Estado. Así, se ha instalado el individualismo exacerbado como filosofía política que acaba luego inspirando todo el sistema constitucional, a través de la minimización de la acción estatal<sup>745</sup>. Esta definición constitucional se funda en el convencimiento que una intervención demasiado fuerte del Estado puede amenazar la libertad e iniciativa personal. En cambio, restringiendo el ámbito del actuar estatal se garantizaría el respeto por las esferas propias de la individualidad.

La adopción de este principio se tradujo en la configuración de un Estado principalmente abstencionista, restringiéndose su participación en la vida económica, social e individual<sup>746</sup>. Por lo general, la iniciativa particular tendría preferencia frente a la estatal que, en tanto, se encargaría de la fiscalización de dichas actividades mediante superintendencias sectoriales que resguardarían el cumplimiento de la legalidad<sup>747</sup>. La intervención del Estado (siempre excepcional y residual) solo

---

<sup>744</sup> DOMENECH, 2013, pp. 121-122.

<sup>745</sup> CRISTI, 2011, p. 26.

<sup>746</sup> Esta fue también una expresa solicitud de la Dictadura Militar, que en Oficio del 10 de noviembre de 1977 a la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (creada luego del golpe militar de 1973, y encargada de elaborar un anteproyecto de nueva Constitución Política), recalcó la necesidad de reforzar en el texto “la libertad del hombre, impidiendo que éste sea asfixiado por la férula de un estatismo avasallador y omnipotente”. La idea que subyace a esta decisión política a favor de la subsidiariedad se funda en el convencimiento que una intervención demasiado fuerte del Estado puede amenazar la libertad e iniciativa personal. Restringiendo el ámbito del actuar estatal se garantizaría el respeto por las esferas propias de la individualidad.

<sup>747</sup> SOTO KLOSS, 1988, pp. 53-64. Aunque no será objeto de esta reflexión, resulta interesante plantearse la eventual incidencia del rol subsidiario del Estado con relación al manejo de los flujos migratorios. Podría sostenerse que un Estado subsidiario debe abstenerse de intervenir a través de políticas de fomento o desincentivo a la inmigración. Esto, a diferencia del rol que el Estado chileno asumió durante el s. XIX y parte del s. XX, en que el Estado centró su política

se justificaría en caso que los particulares no pudieran realizar dichas actividades, atentaren contra el bien común, o no satisficieren ciertas necesidades sociales, ya sea por falta de interés o falta de capacidad<sup>748</sup>.

El “libre albedrío”, que permite al ser humano dirigir sus actos libre de coacciones, es parte de la realidad preexistente que el texto constitucional reconoce y protege<sup>749</sup>. El proyecto migratorio que emprende una persona hacia un país distinto al de su nacimiento, persiguiendo el mayor desarrollo de su personalidad, es (con excepción de desplazamiento forzado) una manifestación del ejercicio de su autodeterminación individual. Aunque esto resulte cada vez menos claro, suele entenderse que la decisión de emigrar es fruto de una decisión racional tomada en último término por individuos que tratan de maximizar sus propias oportunidades vitales<sup>750</sup>. En especial, la decisión de emigrar es una expresión de aquella dimensión de la libertad que ha sido denominada por la doctrina nacional como “libertad – exultación”<sup>751</sup>.

El respeto por el proyecto migratorio en la configuración del sistema de control supone tomar como punto de partida el que el Estado respete el ámbito de libertad dentro del cual una persona ha resuelto migrar, como una manifestación legítima de su autodeterminación individual. En este sentido, no correspondería al Estado cuestionar *per se* los motivos por los cuales un individuo opta por desplazarse, aunque sí encauzar el *iter* del migrante a un marco institucional y velar por el cumplimiento de aquel. En base a ello, configurar un sistema de control a la movilidad humana que suponga inmiscuirse en dicho espacio de autonomía, solo encontraría justificación en cuanto se realice en cumplimiento de otro mandato constitucional y dentro del marco de respeto a los derechos de las personas migrantes.

### **c) El principio de servicialidad del Estado y la contribución al bien común**

De igual modo, el reconocimiento constitucional de la supremacía de la persona humana respecto del Estado, restringe cualquier configuración del control migratorio que visualice a las personas migrantes como medios para la consecución de fines puramente estatales. Si la primacía radica en las personas, el Estado es solo un medio, un instrumento para el bien de ellas<sup>752</sup>. Esto es

---

migratoria en una inmigración dirigida, fomentando o promoviendo el asentamiento de personas provenientes de determinadas regiones del mundo y con específicas características.

<sup>748</sup> VIVANCO, 2006, p. 61.

<sup>749</sup> SILVA BASCUÑÁN, 1997, pp. 29-31.

<sup>750</sup> VELASCO, 2016, p. 44.

<sup>751</sup> VERDUGO, NOGUEIRA y PFEFFER, 1994, p. 110.

<sup>752</sup> SOTO KLOSS, 2016, p. 69.

importante, toda vez que la instrumentalización de las personas migrantes ha sido históricamente una práctica frecuente de los Estados. Aquello fue característico de la época de la colonización en Chile, en que se adoptó una política migratoria selectiva que contribuyera a alcanzar determinados fines valiosos para el Estado<sup>753</sup>. Por ejemplo, el poblamiento de determinadas regiones, el afianzamiento de la soberanía en zonas apartadas, la atracción de industria y tecnología, o la “mejora racial” de la población<sup>754</sup>.

Aunque durante el siglo XX los intentos de inmigración dirigida por el Estado no dieron frutos, rasgos de selectividad en el ejercicio del control migratorio siguieron presentes en la legislación de extranjería. La hasta hace poco vigente ley de 1975, por ejemplo, exigía a la autoridad migratoria considerar la “utilidad” o “conveniencia” que reporte al país el otorgamiento de un permiso de residencia<sup>755</sup>. Ello fue objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional chileno, a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En el fallo, que acoge el requerimiento, se resolvió que dicha disposición pugnaba con el principio según el cual la persona humana está por sobre el Estado y no a su servicio. De este modo, el Tribunal señaló que:

“(…) la ‘utilidad’ y la ‘conveniencia’ estatal en la disposición de visados sean los factores determinantes para decidir otorgar o rechazar un visado o una residencia, constituye un punto de partida cuestionable. (...) la tesis que manifiesta una utilidad puramente estatal debe sortear una dificultad normativa dispuesta en la propia constitución. El propio artículo 1º, inciso cuarto, de la constitución, cuando dispone que ‘el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común’, nos indica que la ecuación de la ‘conveniencia’ y la ‘utilidad’ que hay que

---

<sup>753</sup> Hasta la adopción de estas medidas, la inmigración libre hacia Chile lo había sido en escaso número. Las difíciles condiciones climáticas, unidas a su lejanía respecto de muchas rutas marítimas europeas, conspiraban contra el auténtico interés de las autoridades políticas de aumentar las tasas de población europea en el país. Los escasos inmigrantes arribados espontáneamente durante la primera mitad del s. XIX lo hicieron fundamentalmente a ciudades como el puerto de Valparaíso, atraídos por la apertura al comercio y una política económica favorable. Para ello el Estado centró su política migratoria en una inmigración dirigida, fomentando o promoviendo el asentamiento de personas provenientes de determinadas regiones del mundo y con específicas características. Esto se concretó concediendo una serie de beneficios, como tierras, exenciones de impuestos y liberación de cargas militares. De igual modo, auxilio con elementos requeridos para el cultivo de la tierra y la mantención durante el primer año. LARA, 2014, p. 63.

<sup>754</sup> LARA, 2014, pp. 63-80.

<sup>755</sup> Decreto Ley N° 1.094 (Chile), 1975, artículo 13 inciso 1.

tomar en cuenta es la del individuo y que las finalidades del Estado se enmarcan en el desarrollo de la persona humana”<sup>756</sup>.

Por tanto, una concepción de la persona humana como la adoptada por la Constitución de 1980 supondría excluir políticas migratorias que instrumentalicen a las personas migrantes, y que supediten el ingreso y permanencia al territorio estatal al beneficio que reporte la persona al Estado. Como ya señalamos, durante el s. XIX y parte del s. XX fue frecuente la selectividad en atención al origen nacional y racial. Estas políticas de inmigración selectiva que suponían el incentivo a la inmigración de personas con determinadas características (razón por la cual podemos caracterizarla como una selectividad “positiva”) ha sido reemplazada por formas más sutiles de selectividad, aunque igualmente problemáticas desde la perspectiva que nos ocupa. Es el caso de las políticas de selectividad positiva que incentivan la inmigración de capital humano altamente calificado, o de aquellas políticas de selectividad “negativa” que desincentivan la inmigración de personas de determinado origen nacional o racial<sup>757</sup>. Ahora bien, es igualmente cierto que existen motivos que justifican la exclusión atendiendo al interés general de los habitantes nacionales y extranjeros de un Estado, y que no se relacionan con una pura utilidad de este último.

Aquella no es la única consecuencia de la adopción constitucional del principio de servicialidad. En efecto, este adquiere plena operatividad cuando hablamos de la actividad administrativa del Estado<sup>758</sup>, que asume un rol protagónico en el ejercicio del control migratorio. Como mencionamos en el primer capítulo, aunque el control migratorio se despliega en distintos niveles institucionales, su cara más visible (por lo coactiva) suele ser la actividad administrativa donde éste es considerado una potestad de policía o limitadora de derechos<sup>759</sup>. Sin embargo,

---

<sup>756</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-12, 2013, considerando 45°.

<sup>757</sup> En Chile, la reforma migratoria realizada por vía administrativa en el mes de abril de 2018 introdujo (entre otros) un visado especial para extranjeros con altas cualificaciones, llamado Visado de Residencia Temporal de Orientación Internacional, otorgada a aquellos extranjeros profesionales titulados que dispongan de un postgrado en alguna de las 150 mejores instituciones académicas del mundo. Del mismo modo, se introdujo un Visado Consular de Turismo Simple para todo ciudadano haitiano que desee ingresar al país con fines de recreación, deportivos, de salud, de estudios, familiares, religiosos u otros similares. La introducción de estos visados es un claro ejemplo de la vigencia de políticas de inmigración selectiva que incentivan el arribo de personas con determinadas características, y desincentivan el arribo de otras personas, dificultando el desplazamiento de quienes por alguna razón son considerados “indeseados”.

<sup>758</sup> SOTO KLOSS, 2016, p. 72.

<sup>759</sup> El fundamento de estas potestades está en asumir que la libertad de los particulares puede resultar eventualmente riesgosa para el interés público, y es por ello que se hace necesario limitarla, y perseguir que el comportamiento de los particulares se ajuste debidamente a la ley. BERMÚDEZ SOTO, 2014, pp. 319-321.

también es posible abordar dicha actividad administrativa desde una óptica diferente: la de la servicialidad.

Como veremos más adelante, el propio Tribunal Constitucional chileno ha planteado la existencia de un derecho a inmigrar en el derecho constitucional nacional. Por lo tanto, la actividad administrativa de la autoridad migratoria satisface igualmente una necesidad pública en la medida que da cauce institucional al ejercicio de un derecho fundamental. Evidentemente el proyecto migratorio que emprende una persona no es una cuestión estrictamente privada. Por el contrario, el fenómeno migratorio tiene una dimensión fundamentalmente pública. En este sentido, la actividad administrativa de la autoridad migratoria está también dirigida a la satisfacción de las necesidades públicas generadas por el contexto de movilidad en que se encuentran las personas migrantes.

Por último, cabe también incluir en esta reflexión el hecho que la Constitución de 1980 incorpora como sujetos de la servicialidad estatal a todas las personas sin distinciones de cualquier naturaleza. Esto es así, en la medida que establece como finalidad del Estado la promoción del bien común, para lo cual éste debe contribuir a crear las condiciones para la mayor realización material y espiritual posible de “todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional”. Interpretado este enunciado dentro del contexto del artículo 1º, se ha sostenido que son integrantes de dicha comunidad todas las personas, las familias, y los grupos intermedios<sup>760</sup>. Aquel es un elemento más para sostener que la servicialidad alcanza también las necesidades públicas derivadas del fenómeno migratorio y el ejercicio de derechos fundamentales de las personas migrantes, y como tal, corresponde al Estado hacerse cargo de ellas a través de su institucionalidad.

## **2.2 La familia como núcleo fundamental de la sociedad y su protección**

Un segundo rasgo de las “Bases de la Institucionalidad” que, producto de la actividad jurisdiccional, ha terminado reflejándose en el tratamiento estatal a la movilidad humana, es el valor de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el principio de protección a esta por parte del Estado. En concreto, el primer capítulo de la Constitución de 1980 tiene apenas dos referencias explícitas respecto a la familia: estableciendo que esta es núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1 inciso 2º) y que es un deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento (artículo 1 inciso 5º). A diferencia de muchas de sus pares a nivel comparado, la

---

<sup>760</sup> SILVA BASCUÑÁN, 1997, p. 70.



Constitución chilena no se caracteriza por contener un estatuto sistemático sobre esta institución, resultando extraordinariamente insuficiente en lo que respecta a la familia<sup>761</sup>. Sin embargo, esto no ha sido un obstáculo para que estas escasas referencias tengan hasta hoy una profunda incidencia en la protección judicial de las personas migrantes, siendo una de las manifestaciones más claras de la constitucionalización del derecho migratorio chileno.

Parte de la doctrina constitucional chilena ha planteado que dichas disposiciones suponen garantizar a las personas una serie de derechos en relación con sus relaciones familiares. Estos derechos son: (i) el derecho de fundar una familia dentro del ordenamiento jurídico vigente; (ii) el derecho intransferible de los padres de procrear, cuidar y educar a los hijos; y (iii) el derecho de exigir del Estado protección física y jurídica para el grupo familiar<sup>762</sup>. Esto ha sido recogido por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia<sup>763</sup>.

Uno de los aspectos clave de la protección de la familia por el Estado, es el resguardo de la unidad familiar. Esta tiene una indudable importancia si consideramos la condición de la persona humana en contexto de movilidad. La propia naturaleza sociable del individuo hace que la migración no se entienda necesariamente como un proyecto individual. Por el contrario, generalmente involucra al grupo familiar de origen del migrante, inmediatamente o en un mediano plazo. Cuando esto no sucede, las personas migrantes suelen formar una nueva familia, cuyos hijos (cuando los hubiere) podrán adquirir la nacionalidad del país de destino.

El ejercicio del control migratorio puede incidir de modo intenso en la unidad del grupo familiar, si se ejerce al margen de estas consideraciones. Esta situación se manifiesta en casos paradigmáticos, como la prohibición de ingreso al país o la expulsión del mismo por infracción a la ley migratoria, sin ponderar adecuadamente los vínculos familiares afectados por el acto de autoridad. Así, por ejemplo, en un caso conocido por la Corte Suprema chilena es evidente la afectación que supone, en este caso, la materialización de una medida de expulsión del país:

---

<sup>761</sup> ZÚÑIGA y TURNER, 2013, p. 277.

<sup>762</sup> CEA, 2012, p. 232.

<sup>763</sup> La Corte Suprema, resolviendo en segunda instancia una acción de protección interpuesta por una ciudadana extranjera en condición irregular a la que se le negó la posibilidad de contraer matrimonio de acuerdo a las disposiciones vigentes de la Ley de Extranjería, señaló: “Que esta Corte Suprema ha sostenido antes la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental, entre ellos: el derecho a contraer matrimonio, lo que se deduce el texto del artículo 1º de la Constitución Política de la República”. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6109-2018, 2018.

“(...) la ciudadana extranjera reside hace más de diecisiete años en nuestro país, se encuentra casada con un ciudadano chileno con quien tiene dos hijos y se desempeña en el rubro del comercio de ferias libres, de manera que la medida de expulsión ocasiona un daño no solo a nivel personal sino a nivel familiar”<sup>764</sup>.

La protección a la familia exigió la imposición de límites constitucionales a la actividad de la autoridad migratoria, ausentes en la antigua legislación de extranjería<sup>765</sup>. Esta ha sido una de las manifestaciones más evidentes del proceso de constitucionalización del derecho migratorio y de extranjería en Chile. La judicialización del control migratorio ha incorporado el arraigo familiar, y su protección constitucional, como uno de los factores a ponderar a la hora de decretar una medida de expulsión del país. Esto se ha consolidado en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia conociendo de acciones de amparo<sup>766</sup>. En efecto, las cortes han dejado sin efecto múltiples decretos de expulsión en consideración (entre otros factores) a la afectación a la unidad familiar producto de la ejecución de la medida. Se ha asentado así, una contundente jurisprudencia sobre la materia<sup>767</sup>.

Por ejemplo, la Corte Suprema ha sostenido que las circunstancias y relaciones familiares de las personas migrantes no pueden desatenderse por la autoridad migratoria a la hora de resolver sobre la medida de expulsión del territorio nacional por infracción a la legislación de extranjería. En este sentido, ha resuelto en múltiples oportunidades que:

“(...) no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de la amparada, quien tiene dos hijos menores nacidos en Chile de tres y un año de edad, de manera que de ejecutarse la medida (...) se afecta lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución, 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”<sup>768</sup>.

---

<sup>764</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N° 33257-2016, 2016, considerando 4º.

<sup>765</sup> En otro momento de la investigación en que se enmarca este trabajo, cuando desarrolle principios del derecho internacional de los derechos humanos aplicables al control migratorio, daré cuenta de la importancia del principio de reagrupación familiar.

<sup>766</sup> Vale la pena recordar que la acción de amparo es, en el derecho chileno, el equivalente al *habeas corpus*. Corresponde a una acción de tutela jurisdiccional de la libertad personal y la seguridad individual, consagrada en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

<sup>767</sup> Una sistematización en: HENRÍQUEZ, 2018, pp. 9-11 y HENRÍQUEZ, 2014, pp. 365-369.

<sup>768</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N° 8397-2017, 2017, considerando 6º. En el mismo sentido: Corte Suprema, Sentencia Rol N° 66-2013, 2013, considerandos 6º y 7º, y Corte Suprema, Sentencia Rol N° 400-2013, 2013.

En el mismo sentido, la Corte ha estimado que la separación del grupo familiar a consecuencia de materializarse una medida de expulsión del país, lesiona el valor de la familia y constituye una infracción al deber constitucional del Estado de brindarle protección. Dejando sin efecto un decreto de expulsión, el máximo tribunal reconoce de este modo un estándar constitucional a la actividad de control migratorio:

“Que la decisión en contra de la cual se ha interpuesto esta acción constitucional se torna ilegal por el hecho de afectar lo dispuesto en el artículo 1º 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; derechos también consagrados por diversos tratados internacionales relativos a la protección de la familia, motivo por el que, 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”<sup>769</sup>.

En consecuencia, si la unidad familiar es algo valioso en el sistema constitucional chileno (tal como ha interpretado la Corte Suprema), el tratamiento estatal a la inmigración debiera considerar su potencial afectación al ejercerse potestades vinculadas al ingreso y la permanencia de nacionales extranjeros. Para la Constitución, la familia migrante es igualmente valiosa que la chilena. Por lo tanto, el ejercicio de las potestades estatales debe regularse de modo tal que no lesione la unión familiar salvo circunstancias excepcionadísimas. En especial, en lo relativo al otorgamiento de visados a personas con vínculos familiares en el país, y respecto a la medida de expulsión cuando su materialización pueda generar consecuencias lesivas a un grupo familiar.

Cabe señalar que la irrelevancia que el Decreto Ley N° 1.094 de 1975 (legislación de extranjería que rigió en Chile por casi medio siglo)<sup>770</sup> daba al principio de protección de la familia vino a superarse, al menos en parte, con la nueva Ley de Migración y Extranjería. Esta legislación vino, por ejemplo, a consagrar el principio de reunificación familiar<sup>771</sup> y a establecer que previo a

---

<sup>769</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N° 8228-2009, 2009, considerando 2º. En idéntico sentido: Corte Suprema, Sentencia Rol N° 11521-2014, 2014, considerando 9º. También, Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3694-2015, 2015, considerando 7º

<sup>770</sup> Los principales cuestionamientos a esta legislación apuntaban a que dicho Decreto Ley no se encontraba “(...) acorde a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de los migrantes, y ni siquiera con la propia Constitución del Estado, en tanto se trata de una norma preconstitucional creada bajo un paradigma de seguridad nacional”. DÍAZ TOLOSA, 2016b, p. 147.

<sup>771</sup> Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, 2021, artículo 19.

la dictación de una medida de expulsión, el Servicio Nacional de Migraciones considerará el hecho de tener la persona migrante hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos<sup>772</sup>. Dichas innovaciones se produjeron no solo como una forma de ajustar la ley chilena a estándares internacionales como los revisados en nuestro segundo capítulo, sino que también como una forma de dar respuesta a un estándar jurisprudencial consolidado en la práctica.

### **2.3 Los deberes estatales por mandato constitucional**

Un tercer aspecto de las Bases de la Institucionalidad que igualmente podrían considerarse en el tratamiento estatal a la inmigración, dice relación con una serie de deberes impuestos al Estado por la Constitución. Estos son un conjunto de obligaciones y mandatos generales, de rango constitucional, impuestos al Estado en su conjunto, y consagrados en diferentes capítulos de la Constitución<sup>773</sup>. En esta revisión, nos centraremos en aquellos deberes consagrados en el inciso final del artículo primero del texto constitucional<sup>774</sup>. Adicionalmente, abordaremos en esta reflexión un importante deber incorporado al segundo inciso del artículo quinto, en la reforma constitucional de 1989, relativo a la promoción y protección de los derechos humanos<sup>775</sup>.

#### **a) El resguardo de la seguridad nacional y la protección de la población**

La Constitución de 1980 impone al Estado el deber de resguardar la seguridad nacional (artículo 1º inciso 5). Como muchas otras expresiones presentes en el texto constitucional, “seguridad nacional” es un concepto cuyo sentido y alcance resulta esencialmente controvertido. Hay interpretaciones que le asignan un sentido más restringido (estrictamente militar) o más amplio (incluyendo bienes jurídicos como el desarrollo del país). A su vez, hay interpretaciones que ponen el foco exclusivamente en la protección al Estado respecto de cualquier amenaza exterior, y otras que ponen también el foco en el llamado “enemigo interno”<sup>776</sup>.

---

<sup>772</sup> Ley Nº 21.325 de Migración y Extranjería, 2021, artículo 129.

<sup>773</sup> GARCÍA, CONTRERAS y MARTÍNEZ, 2016, pp. 242-243.

<sup>774</sup> “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (Constitución Política de la República de Chile, 1980, Artículo 1º, inciso 5º).

<sup>775</sup> “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 se encuentren vigentes” (Constitución Política de la República de Chile. Artículo 5º, inciso 2º).

<sup>776</sup> VIVANCO, 2006, p. 66.

Sin embargo, parece ser que el núcleo indubitado de dicha expresión comprende la defensa de la integridad territorial y la soberanía externa del país<sup>777</sup>. En este sentido, se ha sostenido que, desde un principio, el objetivo de la seguridad nacional ha sido la protección del país frente a agresiones externas<sup>778</sup>. Una dimensión paradigmática de la seguridad nacional así entendida, es el control fronterizo. Desde el Tratado de Westfalia (1648), las fronteras impusieron a los Estados límites lineales al ejercicio de su soberanía<sup>779</sup>. En consecuencia, las fronteras pasaron a ser sitios resguardados y custodiados, donde el control al tránsito de personas se entendió como una manifestación ineludible de la soberanía estatal.

Como expusimos en su oportunidad, la historia del control migratorio en el derecho chileno ha estado marcada por una mirada que lo concibe como instrumento de defensa de la seguridad nacional en un sentido amplio. Esto ha admitido la configuración de un sistema que afecta derechos fundamentales fundándose en la protección de la seguridad interior, y en la lucha contra el “enemigo interno”. Es claro que esta no resulta una interpretación compatible con los principios que inspiran el Estado Constitucional de Derecho. En cambio, sí parece compatible con dichos principios el hecho que el Estado, con pleno respeto a los derechos fundamentales de los extranjeros, proteja su integridad territorial y soberanía externa a través de la instalación del control fronterizo, y por añadidura, el control migratorio.

En consecuencia, uno de los principales fundamentos constitucionales de la existencia del control migratorio como tal, se halla en el cumplimiento del deber estatal de resguardar la seguridad nacional, en cuanto defensa de la integridad de las fronteras y la soberanía externa. Por lo tanto, un desmantelamiento del control migratorio y la instalación de un sistema de “fronteras abiertas”, pugnaría abiertamente con este deber estatal. Esto, además de que, como expusimos en el segundo capítulo, resulta una concepción poco realista y la mayor parte de las veces es enunciada en términos demagógicos<sup>780</sup>.

Un aspecto que enlaza también con esta cuestión, dice relación con el deber estatal de dar protección a la población (artículo 1 inciso 5º). A este respecto, una cuestión importante es señalar que, según constitucionalistas chilenos, la expresión “población” debe entenderse como comprehensiva de todos los habitantes del país, cada uno de los cuales merece dicha protección

---

<sup>777</sup> SILVA BASCUÑÁN, 1997, p. 74 y CEA, 2012, p. 184.

<sup>778</sup> CEA, 2012, p. 185.

<sup>779</sup> AMILHAT, 2013, p. 46.

<sup>780</sup> DE LUCAS, 2016, p. 104.

por ser personas que han nacido libres e iguales en dignidad y derechos<sup>781</sup>. En consecuencia, es deber del Estado brindar protección tanto a chilenos como extranjeros residentes en su territorio. Dicho esto, este mandato se traduce en la misión de prevenir y reprimir la delincuencia común y mantener el orden público, que puede verse alterado por los actos delictuosos, individuales o colectivos, que vulneran la tranquilidad de la comunidad y causan alarma pública<sup>782</sup>. Ello conlleva la instalación de un sistema de seguridad humana que permita prevenir, controlar, pesquisar y sancionar la delincuencia. Dicha protección abarca también otros cometidos, como la salubridad social<sup>783</sup>.

Cabe entonces plantearnos la pregunta de si corresponde ejercer este deber estatal frente a los flujos migratorios. O, dicho de otro modo, cabe plantearnos si la inmigración puede o no representar una potencial amenaza para el orden público y la seguridad interior. Desafortunadamente, el imaginario colectivo frecuentemente asocia los flujos migratorios al fenómeno de la criminalidad<sup>784</sup>. Existe una sensación de que los ciudadanos extranjeros se encuentran sobrerrepresentados en las estadísticas penales. Esta asociación entre migración y delincuencia fue alimentada durante muchos años por el discurso de la criminología determinista, que centra su atención en las características o cualidades de la persona que delinque. En efecto, la identificación de la extranjería como una variable relacionada directamente con la delincuencia se fundó en algunas investigaciones que sugirieron como variable de riesgo delictivo la calidad de inmigrante<sup>785</sup>.

Estas teorías han alimentado por décadas las ideas de que los migrantes cometen más delitos que los nativos, y que la inmigración irregular está estrechamente vinculada con la delincuencia y el crimen organizado<sup>786</sup>. Ello ha sido cultivo para falsos y peligrosos estereotipos que profundizan

---

<sup>781</sup> SILVA BASCUÑÁN, 1997, p. 75.

<sup>782</sup> VIVANCO, 2006, p. 67

<sup>783</sup> CEA, 2012, p. 188.

<sup>784</sup> En Chile, por ejemplo, los resultados de la encuesta del Centro de Estudios Públicos (CEP) correspondiente a los meses de marzo-abril de 2017 arrojaron que frente a la afirmación de que los migrantes aumentan los índices de criminalidad, un 41% de los encuestados se manifestó muy de acuerdo con la afirmación. Centro de Estudios Públicos (CEP), Estudio Nacional de Opinión Pública, abril-mayo 2017, versión digital disponible en: [www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl).

<sup>785</sup> Por ejemplo, en Italia: GATTI, MAFALDI Y VERDE, 1997, 124-125. En Reino Unido: FITZGERALD, 1997, pp. 54-56. En Estados Unidos: MARSHALL, 1997, p. 28.

<sup>786</sup> Estos estereotipos han tenido amplia recepción en el seno de las sociedades y también en el abordaje institucional del fenómeno migratorio. No obstante, pese a que los estudios desmienten continuamente estas ideas, se niegan a morir. Es por lo mismo que han sido denominadas “ideas zombie” acerca de la relación entre inmigración y criminalidad (RUMBOUT, 2016). Para hacer frente a la amenaza que supondría la migración, los Estados han levantado un aparataje jurídico dispuesto para la exclusión de un colectivo que es sospechoso y peligroso por su apariencia diferenciada. GARCÍA ESPAÑA, 2017.

su ya desaventajada condición al interior de las sociedades. En cualquier caso, la evidencia empírica ha demostrado que esta es una cuestión que varía enormemente en función de las condiciones locales. Por lo general, los inmigrantes no cometen más delitos que los nacionales. Es más, en algunos casos presentan menores tasas de delincuencia que estos<sup>787</sup>. Todo esto, sin considerar que, en el contexto de la movilidad internacional, las personas migrantes son muy vulnerables a ser más bien víctimas de delitos como el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas.

Por lo tanto, existen buenas razones para no considerar a la inmigración en general como una amenaza desde una mirada delictual. Ahora bien, el deber estatal de brindar protección a la población sí justifica el establecimiento de un sistema de control migratorio por medio del cual se disponga la razonable exclusión de determinadas personas cuya presencia pueda considerarse lesiva de intereses generales, como es el caso de extranjeros prófugos de la justicia o con un determinado historial criminal, o a personas portadoras de enfermedades altamente contagiosas y nocivas para la salubridad pública. Un caso menos claro es el relativo a aquellas personas con antecedentes penales y condenas ya cumplidas. Todos ellos serán abordados en el último capítulo de este trabajo, a propósito del análisis a los distintos motivos de exclusión migratoria.

#### **b) La promoción de la integración y el aseguramiento del derecho a participar**

El Estado chileno tiene también, bajo la Constitución de 1980, el deber constitucional de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (artículo 1 inciso 5°). Se ha planteado que la consagración de este deber supone una decisión desfavorable a toda concepción de la sociedad inspirada en el fomento de los antagonismos sociales<sup>788</sup>. Esto tiene bastante sentido, si consideramos que el proyecto político de la dictadura militar chilena fue explícitamente antimarxista. Sin embargo, resulta evidente que los términos en los cuales se ha configurado este deber constitucional hacen que resulte plenamente atingente a los desafíos que suponen para el Estado los flujos migratorios.

Para promover la integración, la Constitución de 1980 también mandata al Estado a asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Este principio asegura el igual y libre acceso al desarrollo integral de todas las personas, situándolas en

---

<sup>787</sup> GARCÍA ESPAÑA, 2014, pp. 5-7.

<sup>788</sup> SILVA BASCUÑÁN, 1997, p. 75.

un mismo punto de partida, dado por el mérito, el esfuerzo o la contribución<sup>789</sup>. Esto exige una actuación dinámica, creativa e imaginativa del Estado, para colocar a todas las personas en el mismo pie en la lucha por la obtención de sus objetivos<sup>790</sup>.

El punto de partida de esta cuestión es sostener que integrar y formar parte de la comunidad nacional es un derecho inalienable de todas las personas, incluyendo las minorías (*sic*)<sup>791</sup>. Para estos efectos, no ha de tomarse la expresión “Nación”, o “comunidad nacional”, como equivalentes al Estado, o exclusivamente a quienes tienen con éste un vínculo de nacionalidad, sino que a todas las personas y grupos que coexisten en el territorio nacional<sup>792</sup>. En consecuencia, resulta posible afirmar que el Estado debe adoptar políticas que permitan contribuir a la integración de las personas migrantes en el país, en la medida que nadie estaría excluido *per se* de formar parte de esta comunidad.

La “integración” goza de un rol sumamente relevante en el diseño de las políticas migratorias a nivel comparado. Esta expresión ha recibido interpretaciones muy distintas, pero su elemento central dice relación con la convivencia entre grupos y culturas diversas<sup>793</sup>. Aunque se ha sostenido que la integración suele confundirse con la “inserción social” de los migrantes en la comunidad receptora, lo que caracteriza a este proceso de incorporación de los inmigrantes a una sociedad receptora es la igualdad de oportunidades, derechos y deberes con los nacionales<sup>794</sup>. Esto confirma la aplicabilidad del principio constitucional que estamos desarrollando a la política migratoria.

La integración es uno de los principales desafíos que los Estados receptores de flujos de movilidad humana deben enfrentar. Lo hacen a través de múltiples frentes, entre muchos otros, a través del combate al racismo y la xenofobia. No obstante, otro aspecto muy importante a través del cual el Estado debe promover la integración es la configuración del sistema de control migratorio. Este puede contribuir o desincentivar la integración de los ciudadanos extranjeros en el país, especialmente en lo que dice relación con el estatuto de su permanencia. Cumplir con el mandato constitucional de promoción a la integración exige al Estado valorar el arraigo del extranjero a la hora de resolver acerca de su permanencia en el país, otorgando o prorrogando un visado, concediendo la permanencia definitiva, o eventualmente conociendo de su expulsión. Esto

---

<sup>789</sup> CEA, 1988, p. 170.

<sup>790</sup> SILVA BASCUÑÁN, 1997, p. 78.

<sup>791</sup> VIVANCO, 2006, p. 74.

<sup>792</sup> SILVA BASCUÑÁN, 1997, p. 76.

<sup>793</sup> AJA, 2012, p. 441.

<sup>794</sup> TORRES, 2002, p. 51.



sucede, por ejemplo, en el derecho de extranjería español, que valora la integración en la comunidad de acogida para la renovación de visados de residencia temporal<sup>795</sup>, o para la renovación de visados por reagrupación familiar<sup>796</sup>.

Ya revisamos anteriormente cómo la afectación del arraigo familiar es considerada por los tribunales superiores de justicia contraria al deber estatal de protección a la familia en cuanto núcleo fundamental de la sociedad. Sin embargo, el arraigo familiar no es la única dimensión de la integración que es tomada en consideración por los tribunales conociendo de *habeas corpus*. Si existe un germen de arraigo laboral, como contar con una fuente de ingresos que permita subsistir en el territorio nacional, o tener un trabajo estable, el ejercicio de las potestades de control migratorio está también sujeto a un estándar más exigente<sup>797</sup>. Aunque la jurisprudencia no ha sido motivada en estos términos, consideramos que ella recoge el que el Estado tiene un deber de promover la integración.

En el derecho migratorio comparado, hay otros aspectos en los cuales las políticas de control migratorio enlazan con las políticas de integración. Por ejemplo, en el establecimiento de medidas para familiarizar a los extranjeros en la lengua, el sistema legal, la historia y la cultura del país receptor, como sucede en la Ley de Residencia alemana del 2004. Estas medidas se relacionan con el sistema de control migratorio, en la medida que la concesión o prórroga de un visado, o la nacionalización, suele estar condicionada a la participación en talleres, o la aprobación de cursos obligatorios sobre lengua e instituciones del país<sup>798</sup>.

En suma, y más allá del modo en que concibamos la integración y las políticas para promoverla, nos interesa evidenciar que existen buenas razones para plantear que, bajo la Constitución chilena de 1980, la integración no es exclusivamente una carga para el migrante o para la sociedad, sino que es un deber estatal que debe inspirar la configuración del derecho migratorio. Además, para que la integración no resulte una mera y simple asimilación, ha de ser bilateral, no sólo adoptando medidas en relación a los inmigrantes, sino que también en relación a la sensibilización de la ciudadanía<sup>799</sup>. Hasta ahora, este ha sido un principio constitucional curiosamente ausente de la

---

<sup>795</sup> Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 71.

<sup>796</sup> Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 53.3.

<sup>797</sup> OBSERVATORIO JUDICIAL, 2018, pp. 9-10.

<sup>798</sup> AJA, 2012, p. 435.

<sup>799</sup> DE LUCAS, 2016, p. 105.

discusión jurídica en relación al tratamiento estatal a la inmigración. Sin embargo, es evidente que tiene un rol fundamental.

### **c) El respeto y promoción de los derechos humanos**

Por último, la Constitución chilena de 1980 impone a los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos garantizados tanto por la propia Constitución, como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 5 inciso 2º). El contexto de dicho deber constitucional corresponde a aquella disposición de las Bases de la Institucionalidad que instituye el principio de soberanía popular, y en especial, el inciso que reconoce como limitación al ejercicio de la soberanía a “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”<sup>800</sup>.

Este deber constitucional es producto de la reforma constitucional del año 1989, realizada apenas iniciada la transición a la democracia, y a pocos meses de celebrarse las primeras elecciones presidenciales y parlamentarias bajo el imperio de la Constitución de 1980<sup>801</sup>. En este sentido, se ha planteado que el objetivo fue incorporar el derecho internacional de los derechos humanos al sistema de fuentes del derecho chileno, pero también darles el carácter de vinculante a todos los órganos del Estado<sup>802</sup>. Así, a través de esta fórmula se requiere de todos los órganos del Estado una conducta invariable de respeto y promoción de los derechos humanos tanto de nivel constitucional como internacional<sup>803</sup>.

Se trata de un deber general, que como tal no precisa con claridad el sentido y alcance de las obligaciones estatales que emanan de él. A su vez, se ha cuestionado la necesidad de consagrar deberes de estas características en la medida que la sola inclusión de los derechos fundamentales en instrumentos jurídicos vinculantes resultaría suficiente. No obstante, se ha sostenido su carácter plenamente normativo y no meramente programático, generador de consecuencias jurídicas en los ordenamientos<sup>804</sup>.

---

<sup>800</sup> Se ha sostenido que esta disposición consagra, en el derecho chileno, el principio de distribución entre el ámbito de la vida social que está disponible para ser afectado por actos y normas estatales y aquel ámbito de la vida social que debe estar inmune a dichas intervenciones según la decisión del poder constituyente. Esto es, la consagración del principio del Estado de Derecho. MARSHALL, 2010b, p. 284.

<sup>801</sup> El texto original del artículo 5 inciso 2º de la Constitución de 1980 únicamente señalaba: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

<sup>802</sup> CUMPLIDO, 2003.

<sup>803</sup> CEA, 2012, p. 215.

<sup>804</sup> CODDOU, 2017.

El deber de respetar estos derechos implica fundamentalmente la obligación de abstenerse de violarlos o afectarlos<sup>805</sup>. El deber de promoverlos, en cambio, supone la obligación del Estado de emprender acciones proactivas que contribuyan a realizarlos<sup>806</sup>. En la medida que los derechos mandados respetar y promover por los órganos estatales suponen un límite al ejercicio de la soberanía, constituyen aquel ámbito de la vida social que debe estar inmune a la afectación por parte del Estado. Esto es una manifestación más del reconocimiento a la primacía del individuo respecto de la potestad estatal de limitar su libertad<sup>807</sup>.

En este sentido, es clara la incidencia que la consagración de este deber constitucional tiene para la configuración de un sistema de control migratorio. En términos generales, las potestades de control al ingreso y la permanencia de los extranjeros en un país distinto al de su nacionalidad tienen una alta dosis de coactividad. El control fronterizo puede ser muy lesivo de la dignidad de las personas, cuando involucra grados importantes de discrecionalidad por parte de funcionarios policiales a cargo de la aplicación de la legislación migratoria. De igual modo, el control a la permanencia suele involucrar el ejercicio de la libertad personal cuando se ejerce a través de medidas tales como la detención y la expulsión.

Los tribunales de justicia han señalado, por ejemplo, que aunque los Estados cuentan con potestades para regular los flujos migratorios, sus prácticas y normativas deben considerar la garantía de los derechos fundamentales de las personas inmigrantes, tanto de nivel interno como internacional<sup>808</sup>. El Tribunal Constitucional, por su parte, conociendo de la constitucionalidad de disposiciones de la antigua Ley de Extranjería sostuvo que:

“(...) el punto de vista correcto es sustituir la máxima discrecionalidad de orden público de la potestad administrativa de policía de seguridad del Ministerio del Interior, en materias de extranjería, por un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”<sup>809</sup>.

En la medida que los derechos humanos y fundamentales constituyen un límite al ejercicio de la soberanía estatal, estos operan como norma de clausura del sistema de principios constitucionales cuya identificación es objetivo de este trabajo. Al desarrollar en el siguiente apartado la influencia

---

<sup>805</sup> CODDOU, 2017, p. 375 y MARSHALL, 2010a, p. 200.

<sup>806</sup> CODDOU, 2017, p. 375 y MARSHALL, 2010, p. 200.

<sup>807</sup> MARSHALL, 2010, p. 200.

<sup>808</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 351-2013, 2013, considerando 3°.

<sup>809</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-12, 2013, considerando 40°.

específica del sistema constitucional de derechos fundamentales en la configuración del sistema de control migratorio, no seguiremos profundizando sobre esta cuestión.

### **3. El sistema de derechos fundamentales en relación con las personas en contexto de movilidad**

Puede que hasta aquí el lector no advierta aún con claridad qué distingue a la Constitución chilena de 1980 que la hace especialmente garantista en relación a los derechos de las personas en contexto de movilidad. Esto, en la medida que buena parte de los principios de las Bases de la Institucionalidad analizados en el apartado anterior, son bastante reconocidos en el constitucionalismo comparado, en especial en las democracias occidentales. Probablemente las razones más fundadas para confirmar la hipótesis que sostenemos aquí puedan encontrarse a partir de la configuración del sistema de derechos fundamentales plasmado en el tercer capítulo del texto constitucional<sup>810</sup>.

Dicho sistema será nuestro objeto de estudio en el presente apartado. En especial, analizaremos el encabezado del artículo 19 en lo que dice relación con la titularidad de derechos fundamentales en el derecho constitucional chileno, y tres derechos que, con especial relevancia para el ejercicio del control migratorio, integran el catálogo: el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 19 n° 2), el derecho al debido proceso (artículo 19 n° 3), y el derecho a la libre circulación y residencia (artículo 19 n° 7). Estas disposiciones definen el carácter esencialmente garantista para con las personas de nacionalidad extranjera en el sistema constitucional chileno.

#### **3.1 La titularidad de derechos de las personas extranjeras en la Constitución de 1980**

Una pregunta fundamental a la hora de identificar los principios constitucionales aplicables a las personas migrantes dice relación con el reconocimiento de sus derechos fundamentales por parte del Estado tal como a los nacionales. Esta es una pregunta plenamente atingente, en la medida que la titularidad de derechos para los extranjeros en el orden interno históricamente ha seguido un ritmo distinto a la titularidad de derechos para los nacionales. El reconocimiento de derechos a los extranjeros fue tradicionalmente considerado un asunto supeditado, en último caso, a la voluntad

---

<sup>810</sup> Dicho capítulo, que recibe la denominación de “De los derechos y deberes constitucionales”, está compuesto tan solo por cinco artículos. Sin embargo, contiene la disposición más extensa del texto constitucional, el artículo 19, que establece un catálogo de derechos fundamentales a lo largo de veintiséis numerales. Las restantes disposiciones consagran acciones de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales: la acción de protección (artículo 20) y la acción de amparo (artículo 21), y consagran algunos deberes a los habitantes de la República, a los chilenos, y a los grupos intermedios (artículos 22 y 23).

del Estado o a acuerdos internacionales<sup>811</sup>. Es más, no es de extrañar que estos acaben considerándose “ciudadanos de segundo orden, a los que se ‘regatea’ el reconocimiento de sus derechos y garantías en condiciones de igualdad con los nacionales”<sup>812</sup>.

Es frecuente el establecimiento de una titularidad diferenciada de derechos para los extranjeros en relación con los nacionales<sup>813</sup>. En muchos casos, esto supone el establecimiento de verdaderos “estados de excepción permanentes” para las personas migrantes, los que pugnan abiertamente con la pretendida universalidad en el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>814</sup>. Es cierto que, en términos generales, el reconocimiento de derechos fundamentales para los extranjeros se amplía con la consolidación de los regímenes democráticos. Sin embargo, y entre otras cosas, el anclaje de la ciudadanía a la nacionalidad los ha excluido del ejercicio de ciertos derechos<sup>815</sup>. A pesar de las grandes olas de extensión de derechos políticos del siglo XX, y por variadas razones, los extranjeros residentes siguen siendo con claridad el primer gran colectivo excluido del ejercicio del derecho a sufragio. Esto, pese a ser a todas luces sujetos afectados por las políticas estatales (trabajan y pagan impuestos, además de someterse al ordenamiento jurídico, entre otras cosas)<sup>816</sup>.

En contraste con esta tendencia comparada, la tradición constitucional chilena ha sido generosa en el reconocimiento de derechos a los extranjeros<sup>817</sup>. A diferencia de otros textos constitucionales

---

<sup>811</sup> AJA, 2012, pp. 312-313.

<sup>812</sup> DE LUCAS, 2016, p. 23.

<sup>813</sup> La Constitución salvadoreña establece, por ejemplo, que los extranjeros estarán sujetos a una ley especial (Constitución de la República de El Salvador, 1983, artículo 100), perdiendo el derecho a residir en el país si participaren directa o indirectamente en la política interna. La Constitución Política de la República de Honduras es un caso particularmente restrictivo de titularidad de derechos a los ciudadanos extranjeros. Establece, por ejemplo, el que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los hondureños con las restricciones que por razones calificadas de orden público, seguridad, interés o conveniencia social establezcan las leyes (artículo 31 inciso 1). De igual forma, establece que los extranjeros no podrán desarrollar en el país actividades políticas de carácter nacional ni internacional (artículo 32), hacer reclamaciones ni exigir indemnización alguna del Estado sino en la forma y casos en que pudieren hacerlo los hondureños (artículo 33), ni tampoco desempeñar ciertos empleos habiendo hondureños que pudieren realizarlos (artículo 34). Además, consagra que, en igualdad de condiciones, los trabajadores hondureños tendrán preferencia sobre los trabajadores extranjeros (artículo 137).

<sup>814</sup> DE LUCAS, 2011, p. 4 y DE LUCAS, 2016, p. 95.

<sup>815</sup> AJA, 2012, p. 313.

<sup>816</sup> Un enfoque tradicional ha exigido tres requisitos a las personas para ser reconocidas como titulares del derecho a sufragio, y en general, como titulares de derechos de participación política: *competencia, pertenencia e independencia*. Al estimarse que no poseen estos atributos, la regla ha sido excluir a los extranjeros residentes de la titularidad del derecho a sufragio. Según esta aproximación tradicional al sufragio, se ha estimado que los extranjeros carecen de pertenencia a la comunidad nacional puesto que pertenecen a naciones extranjeras. Carecen también de competencia para participar de la toma de decisiones en los asuntos públicos al no tener experiencia práctica en la vida de nuestra sociedad, y también carecen de independencia puesto que ha de presumirse que aún guardan lealtad con sus países de origen, lo que supondría incompatibilidad de intereses con los del Estado que los recibe. KATZ, 1997, p. 32 y MAYER, 2001, p. 151.

<sup>817</sup> Esta cuestión es desarrollada en el voto de minoría del fallo del Tribunal Constitucional chileno que se pronuncia acerca de la constitucionalidad del visado consular de turismo simple para ciudadanos haitianos instaurado por el

comparados, en Chile no existe una disposición constitucional que expresamente se pronuncie acerca de la titularidad de derechos fundamentales de los extranjeros. Sí existe, en cambio, una disposición de carácter general: el encabezado del artículo 19. Dicha disposición establece: “la Constitución asegura a todas las personas”, para dar luego paso a veintiséis numerales que consagran un extenso catálogo de derechos fundamentales.

La incorporación del vocablo “personas” para designar a los titulares de derechos fundamentales por parte de la Constitución de 1980 fue una innovación dentro de la historia constitucional chilena. Ya el Código Civil de 1857 estableció que “la ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código<sup>818</sup>”, tratándose de la primera codificación civil que estableció el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros en relación a la adquisición y goce de los derechos civiles<sup>819</sup>. Sin embargo, las constituciones de 1833 y 1925 solo extendieron la titularidad de derechos a “todos los habitantes de la República<sup>820</sup>” y a “los habitantes de la Nación<sup>821</sup>”, respectivamente. En este sentido, la Constitución de 1980 incorporó una regla mucho más amplia de titularidad. Desechó el criterio de la habitación como diferenciador para la atribución de derechos fundamentales, y lo reemplazó por uno que no distingue entre nacionales y extranjeros<sup>822</sup>.

Existe un amplio consenso en la dogmática constitucional en relación a que esta disposición es lo suficientemente amplia para no distinguir entre nacionales y extranjeros, haciendo extensiva a estos últimos la titularidad de todos los derechos fundamentales allí consagrados<sup>823</sup>. El propio Tribunal Constitucional ha afirmado “que, en Chile, a diferencia de otros países, el ordenamiento jurídico asegura a los extranjeros migrantes (a pesar de carecer vínculo de nacionalidad) todos los

---

gobierno de Sebastián Piñera en 2018. El tenor es el siguiente: “La tradición constitucional chilena tiene un peso normativo por sí mismo, sin perjuicio, de que no haya modulado todos sus efectos en la historia de los siglos XIX y XX en donde se generaron, recepcionaron y adaptaron. Esta tradición dispone respecto de los extranjeros cuatro elementos señeros que configuran sus tendencias permanentes: (i) asilo al extranjero contra la opresión (ii) reconocimiento de titularidades genéricas, sin distinción de nacionalidad, para algunos o todos los derechos asegurados constitucionalmente; (iii) permisión y regulación temprana de la posibilidad de que extranjeros obtengan la nacionalidad chilena, cumpliendo ciertos requisitos de residencia y subsistencia; (iv) establecimiento de reglas de trato que en ningún texto constitucional implicasen una regulación hostil al extranjero”. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 4757-18-CDS, 2018.

<sup>818</sup> Código Civil, 1857, artículo 57.

<sup>819</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, 2007; TAPIA, 2005.

<sup>820</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1833, artículo 12.

<sup>821</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1925, artículo 10.

<sup>822</sup> CONTRERAS, 2017, p. 131.

<sup>823</sup> MOLINA, 2008, p. 194; CEA, 2012, p. 51 y ALDUNATE, 2008, p. 152.

derechos fundamentales establecidos en el artículo 19<sup>824</sup>. No obstante, respecto a los derechos políticos, la regla general es que están reservados para los chilenos, debido a que la ciudadanía viene asociada a la nacionalidad<sup>825</sup>. Este es el motivo por el cual algunos autores han planteado que en el derecho constitucional chileno existen algunos derechos asegurados exclusivamente para los nacionales<sup>826</sup>. Sin embargo, aún con estas limitaciones, la Constitución de 1980 sigue siendo un caso paradigmático de concesión amplia del derecho a sufragio a los extranjeros residentes. Este derecho se reconoce a todos los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, cumpliendo con la mayoría de dieciocho años y sin condena a una pena aflictiva, lo cual habilita a sufragar en todas las elecciones periódicas y plebiscitos, nacionales o a nivel local<sup>827</sup>.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado también acerca del sentido y alcance del encabezado del artículo 19 de la Constitución de 1980, señalando a este respecto que “(...) no distingue en el reconocimiento de los derechos constitucionales bajo la categoría de personas. Al no realizar esta distinción todos esos derechos son extensibles a los extranjeros en cuanto les apliquen<sup>828</sup>. Sobre el punto, ha planteado que “(...) es dable hacer presente que el texto supremo en vigor al asegurar dichos derechos a todas las personas difiere sustancialmente de la Constitución anterior a ella que usaba la expresión “a todos los habitantes”, precisamente para posicionar a la persona como sujeto central de los principios y reglas contenidas en la misma<sup>829</sup>. Sin duda, dicha ampliación de titularidad significa una importante garantía para la protección de los derechos de las personas migrantes en Chile. No obstante, en la decisión a favor de la ampliación de la titularidad fue clave el interés por proteger a las personas jurídicas y a los extranjeros no residentes con propiedades en el país<sup>830</sup>.

---

<sup>824</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 9930-2020, 2021, considerando 10°.

<sup>825</sup> “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 (...)” (Constitución Política de la República, 1980, artículo 13)

<sup>826</sup> NOGUEIRA, 2003, p. 99 y ZÚÑIGA, 1998, pp. 306-307.

<sup>827</sup> Constitución Política de la República, 1980, artículo 14.

<sup>828</sup> Tribunal Constitucional, 19.07.2018, Sentencia Rol 4757-18-CDS, voto de minoría, considerando 61°.

<sup>829</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 9930-2020, 2021, considerando 6°.

<sup>830</sup> Por ejemplo, el comisionado EVANS DE LA CUADRA planteó en su oportunidad: “(...) La única ventaja (...) de esto de decir “personas” en vez de habitantes, es impedir que, el día de mañana, se estime que el derecho de propiedad sólo ampara a quienes residen en Chile, y en consecuencia, si hay extranjeros no residentes, no habitantes, que tienen propiedades de cualquier especie en este país, a ellos les pudiera afectar otra normativa que fuera ésta de la garantía constitucional del derecho de propiedad, o que se pudiera conculcar o expropiar en otra forma, confiscar, expoliar, para ser más amplio y más genérico, sus propiedades al margen de la garantía constitucional” (Sesión 156° de la Comisión Ortúzar, 7 de octubre de 1975).

Con independencia de las motivaciones tras su establecimiento, la amplia titularidad extendida a los extranjeros es uno de los principales rasgos que inclinan la balanza a favor de caracterizar el sistema constitucional chileno como altamente garantista en relación a los derechos de las personas migrantes. La consecuencia evidente de esta amplia titularidad, dice relación con que las personas extranjeras en contexto de movilidad gozan de idénticos derechos a los nacionales, salvo en aquellos casos excepcionales previstos por la propia Constitución<sup>831</sup>. Esto ha concitado el interés de la doctrina constitucional chilena, que ha planteado que “una cuestión que llama fuertemente la atención en el diseño de nuestro sistema de derechos constitucionales es la falta de diferenciación (entre nacionales y extranjeros), que sí se encuentra presente en la mayor parte de los sistemas constitucionales”<sup>832</sup>. En el mismo sentido, se ha sostenido que “es una paradoja que el estatus constitucional garantista concede o reconozca a extranjeros un *plus* de derechos constitucionales, comparado con el estándar mínimo internacional”<sup>833</sup>, esto considerando que en varios sentidos la protección constitucional puede llegar a superar a la internacional.

En lo que sigue de esta sección del texto, abordaremos tres derechos fundamentales consagrados en el catálogo del artículo 19, con especial incidencia en la configuración del sistema de control migratorio en Chile, lo que ha sido considerado en la jurisprudencia constitucional: el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho al debido proceso y el derecho a la libertad de desplazamiento y residencia.

### **3.2 El derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 19 n° 2)**

La Constitución chilena proclama su compromiso con la igualdad como un valor central desde su primer inciso, en virtud del cual “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”<sup>834</sup>. Sin embargo, es un hecho conocido que bajo su imperio se han profundizado los niveles de desigualdad en la sociedad chilena<sup>835</sup>. Se ha planteado que el modelo económico que ella define,

---

<sup>831</sup> Además, algunos de los derechos de mayor relevancia para las personas migrantes (como el derecho a la igualdad o la libertad personal y seguridad individual) se encuentran amparados por acciones de tutela jurisdiccional de derechos fundamentales como la acción de protección y de amparo que, en la práctica, han jugado un extraordinario papel frente a actuaciones ilegales o arbitrarias de la autoridad migratoria.

<sup>832</sup> ALDUNATE, 2008, pp. 192-193.

<sup>833</sup> ZÚÑIGA, 1998, p. 329.

<sup>834</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 1.

<sup>835</sup> Los resultados de la Encuesta CASEN 2017 (que mide los índices de pobreza y desigualdad en Chile), publicados en el mes de agosto de 2018, arrojan que la diferencia de ingresos entre el 20% más pobre de la población, versus el 20% más rico, es de 13,6 veces. La diferencia entre el 10% más pobre y el 10% más rico, en tanto, es de 39,1 veces. Según datos de la OCDE y el Banco Mundial en 2017, Chile es el país con mayor desigualdad entre los 36 que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).



ha agravado las desigualdades económicas que reinan en la sociedad lo que, a su vez, favorece otras formas de desigualdad (como la política, de género, o la discriminación sufrida por grupos marginados en razón de su apariencia física, su etnia o nacionalidad, o su orientación sexual)<sup>836</sup>.

Sin embargo, ello no disminuye el atractivo de los principios igualitarios contenidos en diferentes secciones del texto constitucional, entre los que se encuentra el reconocimiento de la igualdad ante la ley<sup>837</sup>. Este derecho, consagrado en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución chilena, es una de las garantías más relevantes para un extranjero residente en cualquier país<sup>838</sup>. Respecto a su contenido, autores como Evans de la Cuadra han sostenido que este derecho consiste en “el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas, distinciones favorables o adversas en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo, de la profesión, actividad u oficio y del grupo o sector social o categoría económica a la que se pertenezca”<sup>839</sup>.

Por lo tanto, el elemento central de la igualdad ante la ley es la inadmisibilidad de cualquier discriminación arbitraria, pese a que no sea posible encontrar dicha expresión explícitamente en el texto del artículo 19 n° 2<sup>840</sup>. No obstante, se ha señalado que la expresión “discriminar” aparece implícita en esta disposición, al prohibirse a la ley y a autoridad alguna establecer diferencias arbitrarias<sup>841</sup>. En la doctrina y jurisprudencia constitucional chilena, se ha entendido por discriminación arbitraria toda diferencia realizada sin justificación racional o razonable<sup>842</sup>.

Sin duda, la población inmigrante es un colectivo potencialmente susceptible de ser víctima de discriminaciones arbitrarias por parte de órganos estatales o de particulares. En efecto, además de

---

<sup>836</sup> MUÑOZ, 2013, p. 97

<sup>837</sup> MUÑOZ, 2013, p. 114.

<sup>838</sup> “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. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (...).” (Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 19 n° 2)

<sup>839</sup> EVANS DE LA CUADRA, 1999, p. 125.

<sup>840</sup> En cambio, sí resulta posible encontrar la expresión “discriminación” en otras disposiciones de la Constitución de 1980, como el artículo 19 n° 16 (que a propósito de la libertad de trabajo señala, “se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal”), o el artículo 19 n° 22 (que reconoce el derecho a “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”).

<sup>841</sup> DÍAZ GARCÍA, 2013, p. 639.

<sup>842</sup> EVANS DE LA CUADRA, 1999, p. 125 y DÍAZ GARCÍA, 2013, p. 640. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en: Sentencia Rol N° 1204-08-INA, considerando 13°; Sentencia Rol N° 811-2007, considerando 13°.

constituir una “minoría”<sup>843</sup>, suele caracterizársele como un “grupo desaventajado”<sup>844</sup> al interior de la sociedad. Existen una serie de estereotipos construidos respecto a las personas migrantes que, en los hechos, justifican prácticas discriminatorias en su contra. En Chile, esta situación se empeora para los inmigrantes afrodescendientes, acrecentando la xenofobia y el racismo contra ciudadanos colombianos, dominicanos y haitianos<sup>845</sup>. La condición desaventajada de las personas migrantes ha sido una cuestión advertida por el Tribunal Constitucional chileno, conociendo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una disposición de la antigua Ley de Extranjería:

“La decisión de migrar (...) se constituye en un escenario de máxima fragilidad y vulnerabilidad, común a todo migrante, y peor en aquellos que poseen una situación más desventajada. El extranjero puede ser discriminado por su condición de tal. Adicionalmente, puede ser discriminado por su idioma, su sexo o raza. Pero, adicionalmente, la sociedad puede discriminarlo completamente por todas las categorías enunciadas, ya que su situación jurídica es vulnerable. La vulnerabilidad del extranjero lo pone en condición de ser abusado en sus derechos y, lamentablemente, ya no el Estado, sino que algunos miembros de la sociedad operan con la convicción de que los extranjeros ‘aún no son sujetos de derechos’”<sup>846</sup>.

El fallo recién citado es de aquellos en los cuales el Tribunal Constitucional reconoce que determinadas calidades o condiciones que portan las personas migrantes son las que suelen motivar el trato desigual prohibido por la Constitución, razón por la cual, son indiciarias de discriminación arbitraria: las “categorías sospechosas”. Aunque la Constitución de 1980 no contiene menciones expresas a estas categorías, se ha sostenido que las disposiciones que establecen que “hombres y

---

<sup>843</sup> Atendiendo a un elemento fundamentalmente “aritmético”, la expresión “minorías” alude a aquellos colectivos numéricamente inferiores al interior de la sociedad, desarticulados en la escena política, menos amenazantes para quienes ejercen el poder, y, en consecuencia, más susceptibles de ser excluidos del proceso político (MONTILLA, p. 1999, p. 119). En Chile, las estimaciones más recientes arrojan que los extranjeros residentes alcanzan aproximadamente un 6% de la población total.

<sup>844</sup> La expresión “grupo desaventajado” atiende, en cambio, a un elemento sociológico y no meramente aritmético. Lo que define, esencialmente, a un grupo desaventajado no es la inferioridad numérica, sino más bien: (i) su calidad de grupo con una identidad propia e interdependiente del bienestar de sus miembros, (ii) su situación de subordinación prolongada en la que se encuentra al interior de la sociedad, y (iii) el carácter severamente limitado de su poder político. FISS, 1999, pp. 138-144.

<sup>845</sup> TIJOUX, 2018, p. 49.

<sup>846</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-2012, considerando 9°.

mujeres son iguales ante la ley”<sup>847</sup> y que “en Chile no hay persona ni grupo privilegiado”<sup>848</sup>, harían referencia tanto al sexo como a los demás criterios sospechosos<sup>849</sup>.

En efecto, aunque la nacionalidad es una de las principales categorías por las cuales se discrimina a las personas migrantes, estas también suelen serlo en atención a su sexo, raza, idioma o religión. En Chile, la discriminación racial es un fenómeno muy anterior al actual incremento en las cifras de inmigración. Ya en el año 1993, la Corte Suprema conocía de una denuncia interpuesta por una persona de nacionalidad coreana impedida de atenderse en un centro de salud debido al “desagradable hedor” que emanaba de su cuerpo, atribuido a sus costumbres alimenticias, cuestión que habría perturbado a la clientela del establecimiento<sup>850</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado con mucha más fuerza la condición de grupo desaventajado de la población migrante en los últimos años, en un contexto de apogeo de nuevos flujos migratorios hacia Chile. A la luz del derecho a la igualdad y no discriminación, la jurisprudencia ha aportado valiosos insumos en relación a la incidencia de este derecho fundamental en el abordaje estatal del fenómeno migratorio. El punto de partida ha sido precisar que, tal como abordamos en el apartado anterior, la Constitución chilena “no solo no discrimina contra los extranjeros, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente”<sup>851</sup>, lo que “no autoriza una titularidad diferenciada de derechos para el extranjero, salvo expresa autorización constitucional”<sup>852</sup>. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

“(…) la distinción ‘extranjero – chileno’ puede realizarse y el texto fundamental no la prohíbe. Sin embargo, se trata de una distinción que es sospechosa, en línea de principio, puesto que requiere de una habilitación constitucional previa para poder realizarla. (...) Ello exige una fuerte argumentación contraria que demuestre la necesidad, justificación y finalidad en un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos”<sup>853</sup>.

Efectivamente, la jurisprudencia constitucional ha planteado que distinguir entre “chilenos” y “extranjeros” exige una habilitación constitucional expresa cuando se pretenda privar un derecho.

---

<sup>847</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 19 n° 2 inciso 1°.

<sup>848</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 19 n° 2 inciso 1°.

<sup>849</sup> DÍAZ GARCÍA, 2013, pp. 646-647.

<sup>850</sup> Corte Suprema, en *Gaceta Jurídica* N° 159, 1993, considerando 2°.

<sup>851</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-2012-INA, 2013, considerando 29°.

<sup>852</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-2012-INA, 2013, considerando 29°.

<sup>853</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-2012-INA, considerando 30°.

Este presupuesto concurre, por ejemplo, cuando a propósito de la libertad de trabajo, la Constitución tolera la discriminación en atención a la nacionalidad del trabajador para el desempeño de determinadas ocupaciones, mientras que en otras circunstancias aquella distinción podría calificarse de inconstitucional<sup>854</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, al resolver que el Servicio de Registro Civil e Identificación no puede negarse a que una ciudadana extranjera contraiga matrimonio con un chileno, por no contar esta con cédula de identidad. La Ley de Matrimonio Civil solamente exige que los contrayentes acrediten su identidad, y puesto que “no existe norma alguna en nuestro país que permita discriminar entre chilenos y extranjeros”, resulta suficiente al efecto un pasaporte válido y vigente<sup>855</sup>.

Distinto es el caso en que la distinción “nacional - extranjero” se realice con el fin de limitar el ejercicio de un derecho<sup>856</sup>. Aquí el Tribunal Constitucional ha planteado que no resultan exigibles habilitaciones constitucionales previas, en la medida que:

“(…) las limitaciones se fundan en la Constitución y, normalmente, en apoderamientos al legislador bajo las reglas propias de la reserva legal y con las restricciones jurídicas que nacen del principio de proporcionalidad y del respeto al contenido esencial de los derechos”<sup>857</sup>.

En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley, y a la no discriminación en los términos amplios de la Constitución chilena, supone una potente protección para las personas migrantes residentes en Chile. En la medida que un tratamiento diferenciado entre “nacionales” y “extranjeros” en cuanto a titularidad de derechos fundamentales es admitido únicamente en casos excepcionalísimos, la regla general es el sometimiento a un idéntico estatuto

---

<sup>854</sup> “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos” (Constitución Política de la República, 1980, artículo 19 n° 16 inciso 3).

<sup>855</sup> Corte Suprema de Chile, Sentencia Rol N° 19634-2016, 2016, considerando 5°. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha resuelto que “(…) careciendo de sustento legal el fundamento de la autoridad del Registro Civil e Identificación es contrario a las normas constitucionales referidas actualmente vigentes y conculca el derecho consagrado en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. En tanto constituye un trato discriminatorio hacia la recurrente en relación con el dispensado al resto de las personas que, en situación jurídica equivalente, no encuentran obstáculo por parte del recurrido para contraer matrimonio” (Corte Suprema de Chile, Sentencia Rol N° 6109-2018, 2018, considerando 7°).

<sup>856</sup> En tal sentido, por ejemplo, se ha declarado constitucional el establecimiento de la expulsión como una medida alternativa al cumplimiento de ciertas penas para extranjeros sin residencia legal en Chile. Esto, toda vez que dicha medida no supondría la privación de un derecho, sino una limitación respecto de la cual se encontrarían debidamente resguardados los derechos fundamentales del afectado (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2230-2012-CPR, 2012).

<sup>857</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol N° 2273-2012-INA, considerando 30°.

jurídico. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha igualmente sostenido que, contemplando el texto constitucional la existencia del binomio “chilenos-extranjeros”, ésta ha de tener “alguna significación jurídica concreta” cuya manifestación por antonomasia tiene que ver con la regulación del ingreso al territorio nacional<sup>858</sup>.

De allí que la configuración de un sistema de control migratorio respetuoso de este derecho excluya un trato discriminatorio para las personas migrantes en relación a los nacionales y también entre extranjeros. Respecto a los nacionales, la Constitución no prevé una titularidad diferenciada de derechos para los extranjeros, salvo un par de casos excepcionalísimos poco o nada atingentes a las materias de control migratorio<sup>859</sup>. Respecto a otros extranjeros, se excluye igualmente un trato discriminatorio atendiendo a cualquiera de las categorías sospechosas reconocidas. Esto último es relevante, en la medida que es frecuente que el ingreso o la permanencia de personas extranjeras en un país distinto al de su nacionalidad, se supedita a requisitos como la condición socio económica del migrante<sup>860</sup>.

### **3.3 El derecho a un debido proceso (artículo 19 n° 3)**

La condición desaventajada de las personas migrantes repercute en su relacionamiento con los órganos estatales. Existen personas migrantes que, por ejemplo, no dominan el idioma oficial en que se sustancian los procesos judiciales y procedimientos administrativos, además de desconocer el funcionamiento de las instituciones y los derechos que tienen frente a las mismas. La vulnerabilidad inherente a la mayoría de los migrantes los predispone a ser víctimas de abusos por parte del propio aparato estatal. De allí que resulte esencial que las decisiones tomadas por los órganos estatales con relación a los derechos de las personas migrantes lo sean en el marco de un debido proceso, que asegure ciertas garantías mínimas a todas las personas, nacionales y extranjeras.

---

<sup>858</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol N° 9930-2020, 2021, considerando 30°.

<sup>859</sup> Como hemos mencionado antes, solo resulta posible identificar un par de hipótesis excepcionales en las cuales la Constitución de 1980 prevé una titularidad de derechos diferenciada para los extranjeros en relación a los nacionales: a propósito de los derechos políticos emanados del estatus de ciudadanía (artículo 13), y a propósito de la libertad de trabajo (artículo 19 n° 16), en que se faculta discriminar en atención a la nacionalidad para el ejercicio de determinadas ocupaciones.

<sup>860</sup> En la antigua legislación de extranjería chilena, por ejemplo, se prohibía el ingreso al país a “los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social” (Decreto Ley N° 1.094, 1975, artículo 15 n° 4). Se ha sostenido que podría cuestionarse si esta causal cumple o no con el principio de igualdad y no discriminación, pues eventualmente se podría sostener que se efectúa una distinción en razón de la posición social y económica de los extranjeros. DÍAZ TOLOSA, 2016a, p. 195.

En el sistema constitucional chileno, toda persona tiene derecho a un debido proceso. Aunque no exista en la Constitución de 1980 disposición alguna que lo exprese en términos explícitos, se ha sostenido que este derecho fundamental se encuentra consagrado en el artículo 19 n° 3, el cual reconoce una serie de derechos procesales específicos<sup>861</sup>. El Tribunal Constitucional, en tanto, ha señalado que:

“(…) entre los elementos fundamentales del debido proceso se encuentran, entre otros, el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de pruebas, así como el derecho a impugnar lo resuelto a través de un tribunal”<sup>862</sup>.

No obstante, dentro del referido artículo 19 n° 3, ha destacado el inciso sexto, el cual establece que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Dicha disposición ha permitido a la doctrina y a la jurisprudencia extender la aplicación de las garantías del debido proceso a la actividad de la Administración del Estado, aunque tradicionalmente estuvieran concebidas para los procesos judiciales.

Esto ha sucedido, en la medida que la expresión “órgano que ejerza jurisdicción” se ha interpretado como comprensiva de los órganos administrativos que resuelven solicitudes de los administrados o desarrollan una actividad sancionatoria. En buena parte, ello sucede por la inexistencia de tribunales contencioso-administrativos en el derecho chileno, junto con la incorporación de numerosos servicios públicos a mercados regulados, a través de extensos procesos de privatización<sup>863</sup>. Con independencia de las causas de la extensión de las garantías del debido

---

<sup>861</sup> BORDALÍ, 2010, p. 92. Por ejemplo, el derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a la debida intervención del letrado y a la asistencia jurídica gratuita. El autor también plantea que también forman parte del derecho al debido proceso en la Constitución chilena los derechos procesales reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Esto será abordado en una sección distinta de esta investigación, cuando desarrolle los estándares internacionales de protección a los derechos de las personas migrantes.

<sup>862</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1557-09, 2011, considerando 25°. En otro fallo, el Tribunal Constitucional ha enumerado las garantías que debe contemplar el racional y justo procedimiento, las cuales son: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, la adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, y la facultad de interponer recursos para revisar sentencias dictadas por tribunales inferiores (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1718-10, 2011, considerando 7°).

<sup>863</sup> CONTRERAS y GARCÍA, 2013, p. 242.

proceso a la actividad administrativa, ello ha supuesto que las personas migrantes sean protegidas frente a decisiones arbitrarias de la autoridad migratoria como de los tribunales.

Por lo tanto, las exigencias de razonabilidad propias del debido proceso son aplicables tanto a los procesos contencioso-administrativo, que se desarrollan ante los tribunales de justicia, como a los procedimientos administrativos (a través del llamado “debido proceso sustantivo”<sup>864</sup>). En efecto, además de estar sometidas a la autoridad administrativa en igualdad de condiciones que los nacionales, las personas migrantes están sujetas a una actividad de policía administrativa especializada, con relación al ejercicio de su libertad de desplazamiento y residencia<sup>865</sup>. Esto supone que todo lo relativo al ingreso y la permanencia de la persona en el país, es resuelto por la autoridad migratoria administrativa. Por ejemplo, la concesión de un permiso de residencia, su prórroga, revocación y eventual expulsión o deportación eran resueltas en Chile por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio de Interior y Seguridad Pública en conformidad a la legislación de extranjería recientemente derogada, y en la actualidad son resueltas por el Servicio Nacional de Migraciones.

En el derecho chileno, los tribunales de justicia resuelven también (aunque en menor medida) cuestiones relativas al estatuto de las personas extranjeras. Por ejemplo, conocen de las impugnaciones a actos administrativos desfavorables a los migrantes (como el caso de los decretos de expulsión), y desarrollan una labor cada vez más determinante conociendo de acciones de *habeas corpus* interpuestas por migrantes expulsados, o cuyo ingreso al país ha sido denegado.

Todo ello da cuenta de la importancia que reviste la exigencia del derecho a un debido proceso y a un debido procedimiento administrativo para las personas migrantes, cuestión que también ha incidido en el ejercicio de las potestades estatales, como una manifestación más de la constitucionalización del derecho migratorio y de extranjería chileno. Esto se plantea especialmente a propósito del estatuto de expulsión regulado en la legislación de extranjería. Dicha regulación ha sido objeto de profundos cuestionamientos por parte de la doctrina y la jurisprudencia, a propósito de la configuración tanto del procedimiento administrativo que culmina

---

<sup>864</sup> BOUTAUD, 2018, p. 24.

<sup>865</sup> A juicio de la doctrina y jurisprudencia en Chile, el control migratorio está adscrito a aquellas potestades administrativas llamadas “de policía”, de ordenación o limitadoras de derechos. Esto, al suponer la limitación de la libertad de desplazamiento y residencia de los no nacionales, invocando razones de interés general y pretendiendo conservar del orden público (BERMÚDEZ SOTO, 2014, pp. 319-321). En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-2012-INA, 2013, considerando 6°.

con el decreto de expulsión, como del mecanismo de impugnación judicial del mismo<sup>866</sup>. Los principales cuestionamientos se relacionan con dos aspectos del derecho al debido proceso.

Una primera cuestión, objetada por la doctrina y la jurisprudencia, dice relación con la imposibilidad del extranjero expulsado de formular sus descargos o presentar pruebas durante la tramitación del procedimiento sancionatorio<sup>867</sup>. En efecto, bajo la antigua ley no existía una notificación del inicio del procedimiento, sino que el extranjero recién tomaba conocimiento de este al ser notificado del decreto de expulsión y privado de su libertad. En consecuencia, el procedimiento no contemplaba ni la audiencia del afectado o su representante previo a la dictación de la medida lo que suponía una afectación al derecho de defensa<sup>868</sup>. Así lo han señalado también los tribunales de justicia al advertir que, bajo esta antigua ley, el procedimiento administrativo de expulsión no cumplía con las exigencias que la propia Ley de Bases de Procedimiento Administrativo contempla:

“(…) en el procedimiento a través del cual se resolvió la expulsión del amparado no se respetaron los principios mencionados precedentemente, pues no basta poner en conocimiento del afectado los recursos que puede deducir contra la decisión, sino resulta necesario que previamente se lleve a cabo un proceso en que el extranjero pueda ser oído por una autoridad que actúa con imparcialidad y que exterioriza los razonamientos que motivan el acto administrativo terminal”<sup>869</sup>.

Una segunda cuestión objetada fue el respeto al derecho al recurso en la configuración del sistema de expulsiones en la recientemente derogada legislación. En efecto, se ha señalado que la ley denegaba tanto *de iure* como *de facto*, este derecho para las personas migrantes deportadas<sup>870</sup>. Se denegaba de *iure*, toda vez que el mecanismo dispuesto por la ley (el recurso especial de reclamación ante la Corte Suprema) estaba limitado exclusivamente respecto a aquellas expulsiones realizadas a través de un decreto supremo. Esto, siendo que también podía decretarse

---

<sup>866</sup> DOMÍNGUEZ, 2016, p. 197; BASSA Y TORRES, 2016, p. 117.

<sup>867</sup> BASSA Y TORRES, 2016, p. 117.

<sup>868</sup> BASSA Y TORRES, 2016, p. 117.

<sup>869</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N° 36580-2015, considerando 3°. En el mismo sentido, se ha señalado que: “no se aplicó el principio de contradictoriedad, pues no se permitió al afectado aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio; no se respetaron los principios de transparencia y de publicidad, de manera de permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptaron en contra del amparado; asimismo (...) no se puso en conocimiento del extranjero que se tramitaba en su contra dicha orden de expulsión, ni tuvo oportunidad de formular descargos ni de rendir pruebas” (Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 2083-2015, considerando 6°).

<sup>870</sup> DOMÍNGUEZ, 2016, pp. 197-198.



la expulsión a través de resolución del Intendente Regional, las que quedarían excluidas injustificadamente<sup>871</sup>.

A su vez, la restringidísima configuración de este recurso de reclamación privaba de *facto* el derecho al recurso. Esto es así, toda vez que debía interponerse exclusivamente ante la Corte Suprema y dentro del plazo de 24 horas desde notificado el decreto de expulsión. Además, solo podía interponerse por el afectado y su familia, siendo que el primero se encontraba privado de libertad desde la notificación del decreto de expulsión, y en muchos casos su familia fuera del país. Ello hacía impracticable su utilización por parte de los extranjeros deportados. Más, si se considera que la ley exigía que el recurso sea fundado, lo que suponía la imposibilidad de hacerlo valer sin asesoría letrada. Esto también fue advertido por el Tribunal Constitucional, que sostuvo que:

“(…) resulta claro que no existe un derecho de revisión en forma que facilite la acción de la justicia ante una expulsión arbitraria. Si bien la legislación de extranjería contempla un recurso contra la orden de expulsión o de “abandono voluntario” ante la Corte Suprema (...) se da dentro de un plazo, y en un contexto que resulta prácticamente imposible de ejercer, máxime si una persona jamás ha conocido, litigado, alegado derechos y, previsiblemente incluso, no conozca el idioma que lo permita. Todas estas son vulneraciones al debido proceso y que afectan los derechos directamente establecidos para todos en el artículo 19, numeral 3º, de la Constitución”<sup>872</sup>.

En los hechos, la impracticable configuración del recurso de reclamación ha exigido la utilización de mecanismos alternativos para la tutela de los derechos de los extranjeros expulsados. El arbitrio procesal por excelencia ha sido el *habeas corpus*, como acción de tutela jurisdiccional de la libertad personal y la seguridad individual. Este se ha constituido hoy por hoy (incluso estando vigente la nueva Ley de Migración y Extranjería), y con la venia de la Corte Suprema, en el principal instrumento de impugnación de expulsiones. Ello ha venido a contribuir parcial, aunque insuficientemente, a la desmejorada situación en que se encuentran las personas migrantes en su relación con la autoridad migratoria en Chile.

Más allá de las infracciones al derecho a defensa y al derecho al recurso, también se han denunciado otros aspectos del estatuto de expulsiones que pugnan con el derecho al debido proceso.

---

<sup>871</sup> DOMÍNGUEZ, 2016, p. 200.

<sup>872</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-2012-INA, voto de minoría de los ministros Vodanovic, Carmona y García, considerando 4º.

Por ejemplo, la atribución de la autoridad migratoria de decretar “sin más trámite” la expulsión de un extranjero en determinados casos se entendía lesiva del debido proceso, puesto que la imposición de una sanción administrativa debe siempre ser el resultado de un procedimiento idóneo sustanciado por un órgano de la Administración<sup>873</sup>. También se ha planteado que se dificultaba la asesoría jurídica a los afectados por una medida de expulsión. Esto, ya que (aunque el derecho a la asistencia jurídica gratuita se aplica tanto a nacionales como a extranjeros que no cuenten con suficientes recursos) la Corporación de Asistencia Judicial exigía una cédula de identidad chilena vigente para procurar sus servicios, cuestión que afecta directamente a la población migrante en situación irregular<sup>874</sup>. La nueva Ley de Migración ha venido a hacerse cargo de este problema, al establecer que los extranjeros afectados por una medida de expulsión tienen derecho a defensa jurídica a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en igualdad de condiciones que los nacionales<sup>875</sup>.

En definitiva, el resguardo del derecho a un debido proceso para las personas migrantes frente a la autoridad migratoria o a los tribunales de justicia, exige una determinada configuración del sistema de control migratorio. Esta debe asegurar que cualquier medida adoptada por la autoridad administrativa, sea producto de un debido procedimiento en que el extranjero sea previamente notificado y pueda hacer valer sus pretensiones, presentando sus descargos y ofreciendo medios de prueba para acreditarlos. Para ello, el Estado debe disponer de asistencia jurídica gratuita a la que pueda acceder cualquier extranjero, con independencia de su condición migratoria. A su vez, debe disponer de un mecanismo de impugnación respetuoso del derecho al recurso, que permita una revisión judicial del acto que dispone el abandono forzado del país.

### **3.4 El derecho a la libre circulación y residencia (artículo 19 n° 7 literal a)**

El reconocimiento y la protección a la libertad de movimiento está presente en la mayoría de las constituciones liberales, y tradicionalmente no ha tenido una especial vinculación con el

---

<sup>873</sup> El Tribunal Constitucional ha sostenido que es inconstitucional la imposición de sanciones “de plano”, como la expulsión “sin más trámite”. Esta hipótesis está contemplada en la Ley de Extranjería, a propósito de aquellas personas con permiso de turista vencido, o que no hubieren abandonado el país voluntariamente una vez vencido dicho permiso. En este sentido, Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 747, 2007, considerando 11°.

<sup>874</sup> Las personas migrantes en situación irregular son, por excelencia, los sujetos afectados por las medidas de expulsión. Como resulta evidente, estas personas no poseen Cédula de Identidad chilena, por lo que ven privado *de facto*, el ejercicio de su derecho a la asistencia jurídica gratuita. La Corporación de Asistencia Judicial es un servicio público cuya misión es proporcionar orientación y asesoría jurídica a todas las personas que así lo requieran, y patrocinar judicialmente de manera profesional y gratuita a quienes no cuenten con los recursos para hacerlo. OFICINA ESPECIALIZADA DE DERECHOS HUMANOS DE LA CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL, 2013.

<sup>875</sup> Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, 2021, artículo 141 inciso 3.

fenómeno migratorio. Sin embargo, el protagonismo de las migraciones internacionales en los últimos decenios ha exigido prestarle una especial atención<sup>876</sup>. En la dogmática constitucional chilena, hay autores que han planteado que el objeto tras el reconocimiento de este derecho no es otro que cautelar un bien jurídico indispensable para el desarrollo de la individualidad y del medio social de la persona<sup>877</sup>. En efecto, éste corresponde al principal derecho involucrado durante el proyecto migratorio de una persona o familia, y en el caso de las personas extranjeras, su ejercicio es objeto de control por parte de la autoridad administrativa.

El catálogo de derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución de 1980 consagra el derecho a la libertad personal y la seguridad individual en el numeral 7<sup>o</sup><sup>878</sup>. Abordar esta disposición exige precisar que su contenido comprende tanto la libertad individual (facultad de actuar en la forma que se estime más favorable para el desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que lo expresamente prohibido por ley y lo que vaya en perjuicio de terceros) como la libertad ambulatoria<sup>879</sup>. Es posible identificar esta última en el literal (a) del artículo 19 n° 7 en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”<sup>880</sup>.

Esta disposición asegura, en términos amplísimos, la libertad de desplazamiento (también llamada “libertad de locomoción”, “de circulación”, o “de movilización”) y de residencia. En efecto, este derecho está reconocido a todas las personas sin distinción de nacionalidad, lo que es un rasgo singular de la Constitución chilena en el contexto comparado. Ello, al ser frecuente que a este respecto se distinga entre nacionales y extranjeros<sup>881</sup>. Ya en el año 2003, esta cuestión fue

---

<sup>876</sup> AJA, 2012, p. 349.

<sup>877</sup> EVANS DE LA CUADRA, 1999, p. 179.

<sup>878</sup> Este es uno de los derechos regulados más detalladamente en la Constitución chilena, toda vez que establece una serie de garantías y condiciones para que una persona pueda ser privada de su libertad. Entre ellas: el que nadie pueda ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal (literal a), el que nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este efecto (literal b), o el que no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio en las causas criminales (literal f), entre otras.

<sup>879</sup> SILVA BASCUÑÁN, 2008, pp. 14-15.

<sup>880</sup> Constitución Política de la República, 1980, artículo 19 n° 7 literal a).

<sup>881</sup> Por ejemplo, la Constitución española establece que: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio español. 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” (Constitución Española, 1978, artículo 19). El tenor literal de esta disposición, en principio tan explícito en reconocer solo a los nacionales este

advertida por Aldunate, quien sostuvo lo llamativo de la falta de diferenciación entre nacionales y extranjeros en el reconocimiento de este derecho. La consecuencia de dicha situación sería que todo extranjero tendría el derecho de entrar libremente al país, sin que la Constitución aportara un punto de apoyo normativo para una distinción que prive a los extranjeros de este derecho<sup>882</sup>.

Como se expuso en su oportunidad, el derecho a la igualdad y a la no discriminación exige que cualquier privación de un derecho fundamental se funde en una habilitación constitucional expresa, la cual no existe en la Constitución chilena a propósito de la libertad de desplazamiento y residencia para extranjeros. En consecuencia, todo extranjero tendría *a priori* el derecho a ingresar a Chile, existiendo un mandato genérico de regulación legislativa para el ejercicio del derecho, más no para impedirlo o prohibirlo<sup>883</sup>. Esto supone una regla general de admisión a extranjeros, reconociendo implícitamente el derecho a inmigrar<sup>884</sup> (que ya vimos en nuestro segundo capítulo, tiene una existencia controvertida en el derecho internacional). Ello ha sido planteado por el propio Tribunal Constitucional, conociendo de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto a una disposición de la antigua Ley de Extranjería:

“Que, finalmente, la Constitución, en materia de titularidad específica del derecho fundamental de libertad de locomoción, no realiza ninguna distinción que valide un tratamiento diverso entre extranjero y nacional. (...) Lo anterior implica que el derecho de 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 terceros”<sup>885</sup>.

Aunque hay quienes considerarían que esta interpretación coloca en entredicho, por ejemplo, la constitucionalidad de toda exclusión migratoria, nos parece que no supone necesariamente un ejercicio incondicional del derecho. Ya planteábamos en el capítulo anterior una concepción de este derecho como limitado y de ejercicio condicionado, compatible con las instituciones propias

---

derecho, no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español haya sido variable. En ocasiones, ha extendido el derecho también a los extranjeros. AJA, 2012, pp. 350-351.

<sup>882</sup> ALDUNATE, 2003b, pp. 192-193.

<sup>883</sup> DÍAZ TOLOSA, 2016a, pp. 187-188.

<sup>884</sup> “La Constitución Política reconoce implícitamente un derecho a inmigrar, y no contiene una habilitación expresa para que la ley restrinja el derecho a residencia y circulación de los extranjeros”. DÍAZ TOLOSA, 2016b, p. 154.

<sup>885</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-2012-INA, 2013, considerando 35°.

del control migratorio dentro del marco que la vigencia de un Estado constitucional democrático demanda. La Constitución mandata al legislador a regular su ejercicio<sup>886</sup>, pero en principio, medidas que supongan la privación de este derecho estarían fuera del marco constitucional<sup>887</sup>. Se ha sostenido, frente a un escenario similar, que podría identificarse un contenido mínimo de este derecho fundamental (como incondicional) en algunos supuestos humanitarios y de no devolución<sup>888</sup>.

En relación a las restricciones a este derecho impuestas por la autoridad migratoria, la Corte Suprema ha sostenido como criterio general que resulta necesario invocar fundamentos razonables, lo que significa considerar los antecedentes del caso y ponderar la necesidad de satisfacer el derecho, considerando los objetivos de la regulación nacional<sup>889</sup>. Este criterio jurisprudencial no es más que una aplicación de las disposiciones constitucionales relativas a las privaciones o restricciones a la libertad, en virtud de las cuales “nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”<sup>890</sup>.

Cualquier medida que conculque los derechos de permanencia en cualquier lugar del país, de viajar por él, de cambiar su residencia, de salir y entrar al territorio nacional, y en general, que coarte este derecho solo pueden imponerse en los casos y con las exigencias formales y sustantivas de un justo y racional proceso<sup>891</sup>. Dentro de estas medidas están comprendidas, por ejemplo: la prohibición de ingreso al país<sup>892</sup>, el rechazo de una solicitud de visado<sup>893</sup>, la expulsión del país, o

---

<sup>886</sup> El artículo 19 n° 7 literal (a) reconoce el derecho “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley”.

<sup>887</sup> Esta reflexión ha estado ausente en la doctrina constitucional chilena más tradicional, que sin invocar argumentos de texto se ha limitado a sostener que la admisión de los extranjeros “tiene que quedar sometida a la expresión de la libre voluntad de nuestra República, la cual, incluso, puede en ciertos casos, aceptar el asilo” (SILVA BASCUÑÁN, 2008, p. 24). En el mismo sentido, se ha planteado que la situación de los extranjeros es un límite a la libertad personal, en la medida que “aun cuando nuestro ordenamiento reconoce a los extranjeros las mismas facultades que a los chilenos en materia de adquisición y goce de los derechos civiles, no es menos cierto que, como lo hacen todas las legislaciones del mundo, en materia de su ingreso o permanencia en el territorio nacional, la legislación contiene ciertas limitaciones a fin de precaverse contra elementos que puedan resultar indeseables (VIVANCO, 2007, p. 327).

<sup>888</sup> AJA, 2012, p. 351.

<sup>889</sup> GODOY y DIDIER, 2014, pp. 141-142.

<sup>890</sup> Constitución Política de la República, 1980, artículo 19 n° 7 literal (b).

<sup>891</sup> EVANS DE LA CUADRA, 1999, p. 179.

<sup>892</sup> Por ejemplo, al resolverse que “la decisión de impedir el ingreso de la amparada al país fue ilegal y arbitraria y vulneró la libertad de desplazamiento de la amparada, puesto que no existe justificación alguna que fundamente la actuación desplegada por la autoridad recurrida, razones por las cuales el recurso interpuesto será acogido” (Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3563-2013, 2013, considerando 2°)

<sup>893</sup> Por ejemplo, al resolverse que “(...) la decisión de la autoridad recurrida consistente en negar el otorgamiento de una visa de residencia permanente para ingresar a Chile constituye un acto ilegal y arbitrario que vulnera la garantía del artículo 19 n° 7 de la Carta Fundamental” (Corte Suprema, Sentencia Rol N° 11521-2014, 2014, considerando 9°)

incluso la demora o rechazo injustificado en otorgar pasaporte<sup>894</sup>. De este modo, el mecanismo de tutela jurisdiccional de la libertad ambulatoria, el *habeas corpus*, ha asumido la posición de mecanismo idóneo para garantizar la facultad de residir y transitar por el territorio nacional de que gozan las personas migrantes<sup>895</sup>.

Un caso especialmente significativo conocido por los tribunales de justicia bajo la antigua Ley de Extranjería (tanto por la gravedad de los hechos denunciados como por la relevancia de lo resuelto) fue el llamado caso “Cuartel Borgoño”. Este se originó a propósito de una acción de *habeas corpus* interpuesta por 17 extranjeros detenidos por días o incluso semanas en el Cuartel Borgoño de la Policía de Investigaciones (en Santiago), a la espera de la materialización de su expulsión. En los hechos denunciados, además de una detención extremadamente dilatada, había condiciones de insalubridad y hacinamiento<sup>896</sup>.

Cabe mencionar que bajo la antigua Ley de Extranjería chilena y su Reglamento, la autoridad migratoria disponía de todos los medios para privar de libertad de un extranjero en el periodo comprendido entre la notificación del decreto de expulsión y la materialización de la medida, todo eso sin intervención judicial alguna<sup>897</sup>. Esto es, sin lugar a dudas, una peculiaridad en el derecho nacional, donde la regla general es que cualquier privación, restricción o perturbación del ejercicio de la libertad ambulatoria requiere de autorización judicial previa<sup>898</sup>. Volveremos a este punto en nuestro último capítulo, en que dedicaremos algunas páginas a referirnos a la institución de la “detención migratoria” y su compatibilidad o incompatibilidad con exigencias básicas de un Estado constitucional democrático.

En cuanto al contenido del fallo, su importancia radica en que la Corte de Apelaciones dispone que al extranjero detenido por un plazo superior al legal (24 horas) a la espera de materializarse su expulsión del país, cabe aplicársele el mismo estatuto de garantías constitucionales con que cuentan los detenidos en el contexto de una investigación penal<sup>899</sup>. En consecuencia, a través de la actividad

---

<sup>894</sup> Esto último, evidentemente, en el caso de los nacionales chilenos en relación con la actividad administrativa del Servicio de Registro Civil e Identificación. Así lo ha planteado SILVA BASCUÑÁN, 2008, p. 25.

<sup>895</sup> HENRÍQUEZ, 2018.

<sup>896</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 351-2013, 2013.

<sup>897</sup> “Para hacer efectivas las medidas contempladas en el presente Título, se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de su libertad que sean estrictamente necesarias para dar adecuado cumplimiento de aquéllas” (Decreto Supremo N° 597: Reglamento de Extranjería, 1984, artículo 176°).

<sup>898</sup> “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa” (Código Procesal Penal, 2000, artículo 9° inciso 1°).

<sup>899</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 351-2013, 2013. Un comentario a esta en GODOY y DIDIER, 2014, pp. 147-148.

de los tribunales de justicia se ha abierto una vía de control a la autoridad migratoria a la luz de parámetros constitucionales. Dichos parámetros sin duda que debieran inspirar la configuración de un sistema de control migratorio, protegiendo a las personas migrantes de privaciones de libertad arbitrarias.

#### **IV. El tratamiento estatal al fenómeno migratorio en la propuesta constitucional chilena de 2022**

El particular escenario migratorio que ha posicionado a Chile como uno de los destinos más importantes en Sudamérica en los últimos años ha coincidido con una de las épocas de mayor efervescencia social y política que ha conocido el país en décadas. A partir del 18 de octubre de 2019 se dio inicio a un periodo de masivas movilizaciones sociales que ha venido a conocerse por la opinión pública y el discurso académico como el “estallido social” chileno<sup>900</sup>, y en el cual, las concentraciones pacíficas multitudinarias en las principales ciudades del país, se vieron acompañadas también de hechos de violencia urbana y policial que arrojaron un balance de más de tres mil víctimas de violaciones a los derechos humanos<sup>901</sup>, y más de un centenar de víctimas de trauma ocular causado por la acción de agentes del Estado en el contexto de manifestaciones sociales<sup>902</sup>. Las reivindicaciones sociales a favor de cambios sustantivos al sistema político y económico, junto un robustecimiento de los derechos sociales, pusieron en jaque al segundo gobierno de Sebastián Piñera.

La salida institucional a esta crisis social y política llegó el día 15 de noviembre del mismo año a través del llamado “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”. Por medio de este, los principales partidos del espectro político consensuaron la adopción de un conjunto de reformas a la Constitución de 1980 que permitieran iniciar un proceso constituyente. Dichas reformas incluían un plebiscito que, luego de ser suspendido producto de la pandemia de COVID-19, acabó realizándose el 25 de octubre de 2020, fecha en la cual la ciudadanía optó por aprobar la redacción de un proyecto de nueva Constitución Política de la República a cargo de una Convención Constitucional con integrantes electos íntegramente para tal efecto<sup>903</sup>. Los ciento cincuenta y cinco

---

<sup>900</sup> Véase, como botón de muestra: ASTE LEIVA, 2020; SPYER DULCI y ALVARADO SADIVIA, 2021.

<sup>901</sup> Entre estos hechos se encuentran golpizas, disparos, desnudamientos, amenazas, gaseados, amenazas de muerte, tocaciones, impactos de chorro de agua antidisturbios, atropellos, obstrucciones de asistencia médica, amenazas de violación, negaciones de asistencia médica, entre otros. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2020.

<sup>902</sup> Entre estas víctimas, existen casos de lesiones causadas por trauma ocular, estallido del globo ocular y pérdida de visión por trauma ocular irreversible. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2020.

<sup>903</sup> En una histórica jornada durante la cual concurrió a sufragar el 50,9% del padrón electoral (cifra considerada alta teniendo en cuenta las altísimas cifras de abstención de la última década), se impuso la opción “Apruebo” a la idea de

integrantes de la Convención Constitucional fueron electos en mayo de 2021, y ésta entró en funciones el día 4 de julio del mismo año. El órgano redactor de la propuesta constitucional tuvo una composición paritaria y contempló diecisiete escaños reservados para representantes de los pueblos originarios<sup>904</sup>.

### **1. La “cuestión migratoria” en la discusión al interior de la Convención Constitucional**

De acuerdo con el estudio elaborado por “Infomigra”, sitio web especializado de información a la comunidad migrante en Chile, al menos cinco candidatos a integrar la Convención Constitucional se autoidentificaron como migrantes durante la campaña electoral, ninguno de los cuales resultó electo<sup>905</sup>. Del total de convencionales constituyentes electos, treinta y tres de ellos habían incluido en sus programas una propuesta constitucional sobre temáticas vinculadas a la migración, ninguno de los cuales era candidatos a escaños reservados de pueblos originarios. Entre todos éstos, siete creían que migrar es un derecho que debiese estar incluido a nivel constitucional, dieciocho apoyaban la idea de ampliar la ciudadanía a las personas migrantes, quince abogaban por la inclusión de principios de antirracismo y antidiscriminación, veinticinco se manifestaban de acuerdo con la igualdad de derechos entre nacionales chilenos y personas migrantes, al igual que con el reconocimiento de la diversidad cultural como un valor a través de la interculturalidad y pluriculturalidad. Dos convencionales constituyentes electos se manifestaban abiertamente contrarios a la mayoría de estas propuestas<sup>906</sup>.

El inicio del proceso constituyente generó una serie de interrogantes con relación al tratamiento de la temática migratoria, pues desde la campaña presidencial de 2017 que ésta venía

---

elaborar una nueva Constitución, con un 78,27% de los votos, contra el 21,74% de la opción “Rechazo”. Respecto al órgano a cargo de la confección de la propuesta constitucional, el 78,99% del electorado se inclinó por una Convención Constituyente electa íntegramente por la ciudadanía, frente a un 21,01% de quienes se inclinaron por una Convención Mixta Constitucional, que incluyera a parlamentarios en ejercicio. Los resultados pueden consultarse en el sitio web: <https://www.histórico.servel.cl>

<sup>904</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 141, disposición transitoria 31° y 43°.

<sup>905</sup> Se trató de Catalina Bosch (chilena nacionalizada, de origen cubano), Cristina Bastidas (chilena nacionalizada, de origen venezolano), Manuel Hidalgo (chileno nacionalizado, de origen peruano), Paula Mora (chilena nacionalizada, de origen brasileño) y Sung Young Yun (chileno nacionalizado, de origen surcoreano). El estudio puede consultarse en: <https://www.infomigra.org/reporte-elecciones-15-y-16-de-mayo-2021/>

<sup>906</sup> Por ejemplo, la convencional constituyente electa por el Partido Renovación Nacional (RN) Patricia Labra propuso reconocer la diversidad cultural de las comunidades migrantes y conservación de sus identidades, pero “siempre propendiendo a la oportuna y correcta adaptación a nuestra cultura y formas de convivencia nacional”. A su vez, convencionales constituyentes electas por el Partido Republicano (PR), como Ruth Hurtado o Teresa Marinovic, proponían la elaboración de un texto que permitiera recuperar “el control de nuestras fronteras”, para lo cual resultaba necesario “un marco legal que dé garantías de que los chilenos no volverán a perderlas de nuevo”. El estudio puede consultarse en: <https://www.infomigra.org/reporte-elecciones-15-y-16-de-mayo-2021/>



instrumentalizándose por el discurso político, posicionándose como uno de los grandes temas de discusión y “chivo expiatorio” de muchas problemáticas sociales en Chile, como la pobreza, la delincuencia y el desempleo<sup>907</sup>. En dicho escenario, no podía descartarse la posibilidad de que, insertos en un contexto en que las cifras daban cuenta de un incremento exponencial y sostenido de la inmigración hacia Chile, los discursos populistas persuadieran al electorado planteando propuestas constitucionales regresivas en materia de derechos de las personas migrantes en Chile que seguramente concitarían el apoyo de sectores importantes de la sociedad. Aquello colocaba en riesgo el carácter garantista del texto constitucional de 1980 en esta materia, del que dimos cuenta en los apartados anteriores.

En cuanto a los potenciales contenidos a discutir, en una investigación pasada planteamos que el piso mínimo a partir del cual debía construirse la propuesta constitucional en materia migratoria debía ser la continuidad del tratamiento que hasta la fecha había dado la tradición constitucional chilena a los derechos de los extranjeros en Chile<sup>908</sup>. Como revisamos aquí, éste resulta particularmente garantista con relación a los derechos de las personas migrantes en Chile, tal como la doctrina y jurisprudencia han confirmado. Cualquier innovación que introdujera una titularidad diferenciada en materia de derechos fundamentales hubiese constituido una medida regresiva en la materia y, por tanto, un retroceso con un negativo impacto en muchos aspectos del estatuto jurídico de la inmigración.

Más allá de aquel piso mínimo, resultaba bastante sensato pensar que el proyecto constitucional se hiciera cargo de este rasgo estructural de la sociedad chilena, como es su actual condición de sociedad receptora de inmigración. Como mencionábamos con anterioridad, al año 2020 se estimaba que un 8,6% de la población residente en Chile tenía la calidad de población extranjera residente<sup>909</sup>, de manera tal que un texto constitucional que continuara invisibilizando dicha realidad no hubiese sido completamente representativo de la realidad social del país en el s. XXI. En este sentido, era aconsejable la incorporación de referencias explícitas sobre esta materia a la propuesta constitucional, incorporando pautas que vinculen al Estado chileno hacia el diseño y la implementación de políticas migratorias que prioricen el respeto a los derechos humanos de quienes migran, subordinando a éstos sus competencias en materia de admisión, visado y expulsión. Tal y como ha destacado Javier De Lucas, la gestión de la inmigración debiera “ser parte

---

<sup>907</sup> STEFONI y BRITO, 2019, pp. 33-41.

<sup>908</sup> MAYORGA MC DONALD, 2021, pp. 216-217.

<sup>909</sup> UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, 2020.

del proyecto básico de convivencia y, por tanto, ser objeto de un verdadero pacto de Estado”<sup>910</sup>, por lo que el proceso constituyente chileno se presentaba como una oportunidad histórica para la adopción de un marco para el tratamiento estatal del fenómeno de la movilidad humana.

En el seno de la Convención Constitucional se presentaron tres iniciativas de norma que se pronunciaban explícitamente sobre derechos de las personas migrantes, aunque otras que sí acabaron en la propuesta final se asocian específicamente al fenómeno de desplazamiento forzado. Una de estas iniciativas, destacable por su regresividad con relación a la Constitución de 1980, fue presentada por convencionales constituyentes de la coalición de partidos de derecha y planteaba entre otras cosas que “el Estado deberá asegurar una migración segura, ordenada y regular, velando siempre por el interés de sus nacionales y ciudadanos. Asimismo, deberá priorizar por estos últimos en el otorgamiento de prestaciones y derechos sociales”<sup>911</sup>. Una segunda propuesta planteaba que “las personas extranjeras, sin importar su condición migratoria, son titulares de los mismos derechos fundamentales que las de nacionalidad chilena y no sufrirán ninguna forma de discriminación arbitraria”<sup>912</sup>. Esta misma, innovaba al introducir una norma especial de responsabilidad civil de la Administración por actos de la autoridad migratoria, proponiendo que “cuando una medida de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona afectada tendrá derecho a reclamar indemnización de conformidad a la ley”<sup>913</sup>.

La propuesta cuya tramitación al interior de la Convención Constitucional alcanzó un mayor grado avance fue aquella presentada por los y las convencionales constituyentes Grandón, Baranda, Meneses, Quinteros, Carrillo, Woldarsky, Laibe, Labraña y Fuchslocher, que introducía a la propuesta constitucional un artículo relativo al “derecho a migrar”. El texto original de dicha iniciativa de norma constitucional incorporaba una serie de elementos, según el siguiente tenor:

“Art. x.- Derecho a migrar. 1. Toda persona tiene derecho a migrar desde y hacia Chile con sujeción a la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se

---

<sup>910</sup> DE LUCAS, 2016b, p. 103.

<sup>911</sup> Boletín 612-4. Iniciativa Convencional Constituyente que reconoce el derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República y el derecho a migrar, de los convencionales constituyentes Jofré, Vega, Celis, Cozzi, Tepper, Veloso, Monckeberg, Labra, Fontaine, Mayol, Ossandón, Hurtado, Mena, Toloza, Jürgensen y Rivera.

<sup>912</sup> Boletín 367-2. Iniciativa Convencional Constituyente que incorpora la regulación de la nacionalidad, ciudadanía y migración, de los convencionales constituyentes Castillo, Barceló, Chahín, Harboe, Squella, Botto, Fernández y Logan, 2022.

<sup>913</sup> Boletín 367-2. Iniciativa Convencional Constituyente que incorpora la regulación de la nacionalidad, ciudadanía y migración, de los convencionales constituyentes Castillo, Barceló, Chahín, Harboe, Squella, Botto, Fernández y Logan, 2022.

encuentren vigentes. La regulación de este derecho se realizará por ley. No se identificará ni se considerará a ninguna persona como ilegal por su condición migratoria.

2. El Estado, a través de sus órganos y de las políticas migratorias, deberá respetar, garantizar y promover los derechos humanos de las personas en contexto de movilidad humana sobre la base de los principios de igualdad, universalidad, perspectiva de género, enfoque diferenciado, inclusión y unidad familiar.

3. Se encuentran prohibidas las expulsiones colectivas. Toda medida de expulsión debe ser el resultado de un análisis razonable y objetivo del caso individual de cada persona, con pleno respeto a las garantías del debido proceso, a tener la colaboración de un intérprete y a contar con asistencia consular”<sup>914</sup>.

Esta iniciativa sufrió una serie de modificaciones a lo largo de su tramitación en la Comisión de Principios Constitucionales y en el Pleno de la Convención Constitucional. Aunque el artículo fue inicialmente aprobado en la Comisión, sus tres incisos fueron rechazados en el Pleno, siendo devuelto a la Comisión respectiva<sup>915</sup>, y siendo luego objeto de indicaciones, las últimas de las cuales fueron introducidas por la convencional Beatriz Sánchez. A través de éstas, se establecía que “una ley ordenará el ingreso, estadía, residencia y egreso de los extranjeros en el país, el respeto de sus derechos y el ejercicio de sus deberes”, así como también el rol del Estado de “proteger y respetar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encontraran en el país, sin importar su condición migratoria”. La propuesta quedó finalmente fuera de la propuesta constitucional, al no conseguir el quórum de 2/3 de convencionales constituyentes en ejercicio<sup>916</sup>.

---

<sup>914</sup> Boletín 515-4. Iniciativa Convencional Constituyente sobre el derecho a migrar, de los convencionales constituyentes Grandón, Baranda, Meneses, Quinteros, Carrillo, Woldarsky, Laibe, Labraña y Fuchslocher, 2022.

<sup>915</sup> En la Sesión del Pleno de la Convención Constitucional celebrada el lunes 18 de abril de 2022 se rechazó, devolviéndose a la Comisión respectiva, la iniciativa en cuestión, por 88 votos a favor, 44 votos en contra y 17 abstenciones. En la ocasión, la convencional constituyente Rocío Cantuarias declaró: “Tenemos que poner límites a la inmigración, ahora. No estamos en condiciones de aceptar una sola solicitud de residencia más a quienes no pueden ejercer una profesión u oficio y carezcan de medios de sustento que les permitan vivir en Chile (...) No es de mala onda, es un tema de capacidad”. Fuente: <https://www.24horas.cl/convencion-constituyente/convencion-devuelve-a-comision-articulo-sobre-el-derecho-a-migrar>

<sup>916</sup> En la Sesión del Pleno de la Convención Constitucional celebrada el lunes 02 de mayo de 2022, la iniciativa de norma constituyente en cuestión no alcanzó el quórum requerido de 103 convencionales en ejercicio, faltando la concurrencia de cinco votos favorables para su inclusión en la propuesta de texto constitucional.

## 2. Principales innovaciones de la propuesta constitucional en materia de movilidad humana internacional

No obstante el fracaso de la consagración explícita del derecho a migrar en la propuesta constitucional, el texto finalmente rechazado en el referéndum de septiembre de 2022 incorporaba una serie de elementos de gran relevancia. Lo cierto es que, lejos de las expectativas de expertos y organizaciones de la sociedad civil vinculadas a la protección de derechos de quienes migran<sup>917</sup>, la propuesta constitucional solo incorporaba en una disposición un vocablo asociado al término “migración”. Se trataba del artículo 25 inciso 4, al que nos referiremos en breve, y que prohíbe toda forma de discriminación fundada en un conjunto de motivos “sospechosos” dentro de los cuales se incorpora la nacionalidad, apatridia, situación migratoria o de refugio<sup>918</sup>.

No existían en el texto propuesto por la Convención disposiciones de carácter orgánico que se pronunciaran sobre la distribución de competencias estatales asociadas al diseño y la implementación de las políticas migratorias. A nuestro juicio, el resguardo de los derechos fundamentales de las personas migrantes aconsejaba la introducción de una reserva de ley para materias relativas al régimen migratorio y de extranjería, garantizando así que la regulación sobre la materia sea el producto de una deliberación pública y democrática<sup>919</sup>, y limitando así el papel que ha jugado en esta materia la potestad reglamentaria<sup>920</sup>. Aunque no existen dudas de que el principio de reserva legal en materia de restricción de derechos fundamentales alcanza también al estatuto jurídico de las personas migrantes, impidiendo a la Administración restringir el ejercicio de derechos fundamentales sin habilitación legal previa, ello no ha impedido la afectación de dicho principio bajo el hasta hace poco todavía vigente Reglamento de Extranjería (Decreto Supremo N° 597 de 1984)<sup>921</sup>.

Fuera del asunto de la reserva de ley, una clara distribución de competencias resultaba muy relevante además dentro de una propuesta de sistema político en la cual se avanzaba en materia de

---

<sup>917</sup> Por ejemplo, la Red de Universidades por la Migración (RUM) expuso ante la Comisión de Sistema Político de la Convención Constitucional en su Sesión N° 51, el día 17 de marzo, manifestando la necesidad de incorporar en el nuevo texto constitucional el reconocimiento del derecho humano a migrar.

<sup>918</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 25 inciso 4.

<sup>919</sup> “El pensamiento liberal, en su lucha contra el absolutismo, había supuesto que la libertad quedaría perfectamente garantizada en cuanto el pueblo fuera quien detentara el ejercicio del poder a través de la ley, entendida como expresión de la voluntad general. De ahí la confianza de los autores de la Declaración de 1789 en la ley como instrumento más adecuado para establecer el contenido para establecer el contenido y el límite de los derechos fundamentales” (PRIETO SANCHÍS, 1990b, p. 168).

<sup>920</sup> MAYORGA MC DONALD, 2021, p. 219.

<sup>921</sup> BASSA MERCADO, 2007, pp. 31-34.

descentralización política, al consagrar un modelo de Estado Regional. Entre los múltiples desafíos que la adopción de dicho modelo planteaba, se encontraba la definición del papel que los órganos regionales y locales podían jugar en materia migratoria. Durante 2022, generó cierta polémica el convenio firmado entre el Gobierno Regional de Magallanes y de la Antártica Chilena con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en virtud del cual se generó un marco de cooperación para potenciar la acogida planificada de personas refugiadas en dicha región<sup>922</sup>. La legalidad de dicho convenio fue cuestionada por ciertos sectores, que recurrieron a la Contraloría General de la República con el objeto de que esta se pronuncie sobre su legalidad, planteando que el Gobierno Regional había actuado fuera de su competencias<sup>923</sup>.

Aunque, como ya hemos mencionado, la propuesta constitucional no mencionaba más que en una ocasión un término asociado a la expresión “migración” y no contenía disposiciones que se pronunciaran sobre el asunto en el ámbito de distribución de competencias entre órganos estatales, lo cierto es que igualmente constituía un avance significativo en lo que a derechos de las personas que migran respecta. Dichos avances se desplegaban en dos ámbitos que pasaremos a desarrollar brevemente. El primero de ellos se relacionaba con los llamados “Principios y Disposiciones Generales”, denominación que recibía el primer capítulo del texto. En segundo lugar, el sistema de derechos fundamentales. Existían también innovaciones en materia de nacionalidad y ciudadanía, las que por exceder los propósitos de esta investigación no desarrollaremos en esta oportunidad<sup>924</sup>.

#### **a) Innovaciones en materia de “Principios y disposiciones generales”**

---

<sup>922</sup> Gobernador de Magallanes explica acuerdo firmado con la ONU para la acogida de refugiados, 18 de febrero de 2022, *Radio Cooperativa*. Nota de prensa: <https://cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-magallanes/gobernador-de-magallanes-explica-acuerdo-firmado-con-la-onu-para-la/2022-02-18/164520.html>

<sup>923</sup> Se denunció por el Consejero Regional Alejandro Riquelme que las competencias de los Gobiernos Regionales no contemplan la posibilidad de firmar convenios con organismos internacionales, ni tampoco un involucramiento en el tratamiento de la inmigración. El pronunciamiento de la Contraloría General de la República aún está pendiente.

<sup>924</sup> Considérese, por ejemplo, que la propuesta constitucional da continuidad al régimen de acceso a la nacionalidad chilena, aunque elimina la excepción que afectaba a los “hijos de extranjeros transeúntes” nacidos en territorio chileno (Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 114 inciso 1), a los que durante largos años se privó de la nacionalidad, situación en la que se comprendía a hijos/as de migrantes irregulares que quedaban en condición de apatridia. Respecto a este último asunto, la propuesta igualmente establece que “la ley podrá crear procedimientos más favorables para la nacionalización de personas apátridas (Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 115 inciso 1). En materia de ciudadanía, en tanto, se reconoce el estatus de membresía política a las personas extranjeras avecindadas en Chile por al menos cinco años (Propuesta de Nueva Constitución Política de la República, 2022, artículo 117), aunque igualmente se limita el ejercicio del derecho a sufragio a “los casos y las formas que determinen la Constitución y la ley (Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 160 inc. 5).

En materia de principios constitucionales, el texto de la propuesta constitucional incorporaba una serie de innovaciones con relación a la Constitución de 1980 que, a la luz del papel que han jugado los tribunales de justicia de acuerdo a la experiencia pasada, hubiesen tenido un impacto significativo en el tratamiento estatal del fenómeno migratorio. Se definía a Chile como un Estado constitucional y democrático de derecho, que además es intercultural<sup>925</sup>, y cuyo fundamento y orientación era la protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos<sup>926</sup>. Respecto a este último punto, se establecía igualmente que “el Estado reconoce y promueve el diálogo intercultural, horizontal y transversal entre las diversas cosmovisiones de los pueblos y naciones que conviven en el país, con dignidad y respeto recíprocos”<sup>927</sup>. Se trataba de un rasgo definitorio del nuevo modelo de Estado propuesto con un potencial impacto significativo en el modo en que éste abordaba la integración de las personas migrantes en Chile, uno de los elementos constitutivos de toda política migratoria según revisamos en su oportunidad<sup>928</sup>.

Otro aspecto destacable de la propuesta se relacionaba con la definición de América Latina y el Caribe como zona prioritaria en las relaciones internacionales de Chile, comprometiendo al Estado a impulsar la integración regional, política, social, cultural, económica y productiva entre los países de la región<sup>929</sup>. Dicha declaración enlazaba muy directamente con otro de los elementos constitutivos de toda política migratoria, como es la política de diálogo y colaboración entre países de origen, tránsito y destino de los flujos migratorios, considerando que la inmensa mayoría de personas migrantes residentes en Chile provienen de la región<sup>930</sup>. Por último, el reconocimiento y protección de las familias “en sus diversas formas, expresiones y modos de vida, sin restringirlas a vínculos exclusivamente filiativos o consanguíneos”<sup>931</sup>. Considerando la robusta jurisprudencia que ha limitado el ejercicio de las potestades de control a la inmigración en favor del principio de

---

<sup>925</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República, 2022, artículo 1° inciso 1.

<sup>926</sup> “La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad”. Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 1° inciso 3.

<sup>927</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 11°.

<sup>928</sup> En nuestro primer capítulo desarrollamos “la política internacional de diálogo y colaboración con países de origen y tránsito de los flujos migratorios” como el primer elemento de toda política migratoria. Un tratamiento adecuado de este elemento demanda pensar en una gestión conjunta que pueda resultar beneficiosa para todas las partes involucradas. NAÏR y DE LUCAS, 1998; DE LUCAS, 2003, p. 48.

<sup>929</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 14 inc. 3.

<sup>930</sup> Según estimaciones del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y el Departamento de Extranjería y Migración (DEM), en colaboración con la Policía de Investigaciones, el Ministerio de Relaciones y el Servicio de Registro Civil, los principales colectivos de personas extranjeras residentes en Chile provienen de Venezuela (30,5%), Perú (15,8%), Haití (12,5%), Colombia (10,8%) y Bolivia (8,0%).

<sup>931</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 10°.

unidad familiar, esta disposición hubiese permitido una potencial ampliación de la protección de dicho principio, extendiéndose a vínculos que hasta ahora la jurisprudencia no ha amparado<sup>932</sup>.

### **b) Innovaciones en materia de “Derechos fundamentales y garantías”**

En lo que al sistema de derechos fundamentales de la propuesta constitucional respecta, cabe comenzar señalando que ésta no innovaba en la regla de titularidad amplia propia de la tradición constitucional chilena, señalando que “las personas naturales son titulares de derechos fundamentales”<sup>933</sup>, sin establecer a estos efectos diferencias entre chilenos y extranjeros. Por el contrario, se prohibía explícitamente toda forma de discriminación fundada en motivos como la nacionalidad, apatridia, situación migratoria o de refugio, y cualquier otra que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar la dignidad humana, el goce y ejercicio de los derechos<sup>934</sup>. Esto suponía un avance significativo, pues la Constitución de 1980 no contiene una referencia explícita a estas “categorías sospechosas”, que en el caso de la discriminación hacia las personas migrantes suelen presentarse conjuntamente con otras como sexo, raza, condición social, idioma, y religión o creencia.

Existían avances significativos en lo que a la consagración de derechos fundamentales de movilidad humana respecta, pese al fracaso de la iniciativa constitucional que perseguía la consagración explícita del derecho a migrar. La propuesta establecía que “ninguna persona que resida en Chile y que cumpla los requisitos establecidos en esta Constitución y las leyes podrá ser desterrada, exiliada, relegada ni sometida a desplazamiento forzado”<sup>935</sup>, lo que venía a constitucionalizar un “derecho a no migrar”, al que hicimos referencia en nuestro segundo capítulo<sup>936</sup>. En materia de libertad de circulación y residencia dentro del territorio nacional, la propuesta daba continuidad a la regulación que estos derechos reciben en el texto constitucional de

---

<sup>932</sup> Esto debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 26 que con relación a los derechos de niñas, niños y adolescentes plantea que “el Estado debe velar por que no sean separados de sus familias salvo como medida temporal y último recurso en resguardo de su interés superior”. Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 26 inciso 3.

<sup>933</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 18 inciso 1.

<sup>934</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 25 inciso 4. Esto debe complementarse con aquella disposición en virtud de la cual “ninguna persona o grupo será discriminado por razones lingüísticas” (artículo 100).

<sup>935</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 23.

<sup>936</sup> Aunque sin desarrollarlo en profundidad, en nuestro segundo capítulo mencionamos que existen autores que han planteado la necesidad de reconocer una cuarta dimensión del derecho humano a migrar: un derecho a no migrar. Este supone que los Estados de origen o residencia garanticen condiciones de vida dignas, evitando un éxodo de sus pobladores y asegurando que la decisión de migrar sea siempre tomada de manera libre y voluntaria. CHUECA SANCHO y AGUELO NAVARRO, 2013, pp. 2-4.

1980, al sostener que toda persona tiene derecho a “residir, permanecer y trasladarse en cualquier lugar del territorio nacional, así como a entrar y salir de él”, siendo regulado por ley el ejercicio de este derecho<sup>937</sup>. Tal y como planteó el Tribunal Constitucional chileno en el destacado fallo de 2013 al que hicimos referencia en su oportunidad, esta consagración viene a significar que “el derecho de 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”<sup>938</sup>.

Un asunto de la mayor relevancia que la propuesta constitucional recogía tiene que ver con la consagración explícita del derecho a buscar y recibir asilo y refugio<sup>939</sup>, derechos que aunque vinculan al Estado de Chile desde que éste ratificara la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados allá por el año 1972 y además dictara una Ley de Refugio el año 2010 (la que vino a regular su ejercicio en el orden interno), tienen una escasa eficacia que se evidencia en la irrisoria cifra de solicitudes de asilo y refugio que acaban siendo acogidas por la autoridad competente<sup>940</sup>. Y no solo eso, la experiencia ha demostrado que un número muy importante de solicitudes de asilo ni siquiera llegan a ser conocidas por la autoridad, pues se aplican filtros al margen de lo dispuesto en la ley, para evitar el conocimiento de las solicitudes por parte de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado<sup>941</sup>. La disposición en cuestión consagraba además el principio de no devolución, en sintonía con los actuales compromisos asumidos por Chile<sup>942</sup>.

Por último, en materia de acceso a la justicia y derecho a un debido proceso existían igualmente innovaciones de relevancia. La propuesta constitucional consagraba explícitamente el derecho a un “proceso razonable y justo en que se salvaguarden las garantías que se señalen en esta Constitución,

---

<sup>937</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 69.

<sup>938</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-2012-INA, 2013, considerando 35°.

<sup>939</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 71 inciso 1.

<sup>940</sup> De acuerdo con cifras del Servicio Nacional de Migraciones al 2022, solo un 3,2% de las solicitudes de refugio han sido aceptadas entre 2010 y 2021 (701 de un total de 21.847). En el caso de las solicitudes de refugio presentadas por ciudadanos venezolanos, apenas el 0,42% de ellas ha sido aprobada.

<sup>941</sup> Durante el año 2021, un oficio del Ministerio del Interior instruyó la suspensión de la recepción de solicitudes de refugio y otros trámites, lo que fue cuestionado por la Contraloría General de la República que dictaminó la improcedencia de dicho oficio por contravenir abiertamente lo dispuesto en la Ley de Refugio e instrumentos internacionales. Mucho antes de ello, la jurisprudencia venía ordenando a la autoridad migratoria dar curso y tramitar legalmente las solicitudes presentadas, pues era una práctica habitual “filtrar” las solicitudes a través de entrevistas informales de entre 5 a 10 minutos, tras las cuales se informaba que la solicitud será desechada de plano al no cumplirse los presupuestos de la ley. Véase, por ejemplo: Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 67.453-2018, 2018.

<sup>942</sup> “Ninguna persona solicitante de asilo o refugiada será regresada por la fuerza al Estado donde corra riesgo de persecución, de graves violaciones de derechos humanos, o su vida o libertad puedan verse amenazadas”. Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 71, inc. 2.



en la ley, y en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile”<sup>943</sup>. Sin embargo, generaba dudas el que se haya considerado que dichas garantías procesales solo se aplicarían “ante el tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”<sup>944</sup>. A la Administración, en tanto, la ley podría conferir potestades que en ningún caso implican ejercicio de jurisdicción<sup>945</sup>. Esto resultaba problemático pues la propuesta constitucional parecía avanzar en una dirección opuesta a los estándares en materia de “debido proceso sustantivo”, que como hemos mencionado ya en un par de oportunidades<sup>946</sup>, extienden garantías procesales básicas a todo procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas, “no estando la Administración excluida de cumplir con este deber”<sup>947</sup>.

Mayor progresividad en materia de ejercicio del derecho a la libertad personal ofrecía aquella disposición de la propuesta constitucional que establecía que “ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino por orden judicial, salvo que fuera sorprendida en delito flagrante”<sup>948</sup>. En este sentido, este texto venía a acotar la posibilidad de disponer la detención de una persona “por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley”<sup>949</sup>, que bajo la Constitución de 1980 abría la puerta a la detención administrativa aplicada a las personas migrantes en el contexto de su expulsión del país, la que hubiese procedido exclusivamente mediando una orden judicial. Esto hubiese demandado ajustar la legislación migratoria, particularmente el artículo 134 de la actual Ley de Migración y Extranjería, que permite “someter al afectado a restricciones y privaciones de libertad” administrativamente y sin autorización judicial previa<sup>950</sup>.

---

<sup>943</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 109 inc. 1. Entre las nuevas garantías que la propuesta constitucional incorpora, y que tienen relevancia en materia de derechos de las personas migrantes, se encuentra el derecho de toda persona “a comunicarse en su propia lengua o idioma y a usarlas en todo espacio” (artículo 100), y el que toda persona tenga “derecho a una asistencia jurídica especializada, intérpretes, facilitadores interculturales y peritajes consultivos, cuando así lo requieran y no puedan proveérselos por sí mismas (artículo 108 inc. 7).

<sup>944</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 109 inc. 2.

<sup>945</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 175 inc. 3.

<sup>946</sup> En nuestro segundo capítulo, dimos cuenta de cómo el estándar interamericano del derecho a un debido proceso no solo se extiende a los procesos judiciales, sino que también a la actividad administrativa que pudiera afectar el ejercicio de derechos de las personas. Igualmente, en el presente capítulo, abordamos el tratamiento jurisprudencial de este derecho y la recepción que tiene la noción de “debido proceso sustantivo” por parte de los tribunales chilenos.

<sup>947</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Baena Ricardo y otros v. Panamá, 2001, párrafo 127. Esto, a la luz del artículo 8º de la CADH.

<sup>948</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 110 inc. 2.

<sup>949</sup> Constitución Política de la República de Chile, 1980, artículo 19 n° 7 letra c).

<sup>950</sup> Dichas restricciones y privaciones de libertad proceden una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la resolución administrativa del Director Nacional del Servicio Nacional de Migraciones (o los Directores Regionales que se designen para tal efecto) que disponga la expulsión del país. Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, 2021, artículo 134.

## V. Conclusiones

El segundo pilar en que ha de descansar el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración en un Estado constitucional democrático es el ordenamiento jurídico constitucional. Así lo ha planteado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno cuando, refiriéndose al control migratorio, ha sostenido que “(...) esta potestad de policía de seguridad del Ministerio del Interior está sujeta a límites materiales que provienen desde la Constitución, el Derecho Internacional, y especialmente, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>951</sup>.

El derecho constitucional comparado evidencia que para muchos Estados, el fenómeno migratorio es un asunto que ha concitado tal interés que ha llevado a su inclusión en los textos constitucionales, a través de normas de carácter orgánico y de carácter sustantivo. Las normas de carácter orgánico se vinculan a la institución de la reserva legal, y a la distribución de competencias al interior de Estados políticamente descentralizados, con el objeto de asegurar que las competencias asociadas al diseño y la implementación de las políticas migratorias queden entregadas al nivel central y no a cada unidad territorial. Las normas sustantivas, a su vez, consagran determinados principios o derechos fundamentales específicos del contexto de movilidad humana en que se encuentran las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas.

Sin embargo, igualmente existen textos constitucionales en los que no es posible encontrar referencias al fenómeno del desplazamiento internacional de personas. Tal como advertimos, ninguna disposición de la Constitución chilena de 1980 se pronuncia sobre movilidad humana, ni es posible encontrar en su texto expresiones tales como “migración” o “inmigrante”. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para calificar su contenido como rico en principios relevantes para el abordaje de los flujos migratorios por el Estado. En efecto, una interpretación constitucional en clave de movilidad humana nos ha permitido dar cuenta del carácter especialmente garantista de la Constitución de 1980 en relación a los derechos de los extranjeros.

Por una parte, los principios axiológicos que integran las Bases de la Institucionalidad dan cuenta de la filosofía que subyace a la Constitución chilena, y del modelo de Estado que ésta concibe. Si bien es cierto, la redacción del texto no consideró en absoluto los impactos que éste habría de tener en el tratamiento estatal a la inmigración, la aplicación de sus principios ha

---

<sup>951</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-12, considerando 7°.

significado para la actividad jurisdiccional colocar en el centro de las políticas migratorias a la persona migrante, en cuanto sujeto de derechos. Esta, titular de derechos innatos de libertad, igualdad y dignidad, es destinataria de la servicialidad del Estado, por lo que las políticas migratorias no deben estar diseñadas exclusivamente en función de los intereses estatales. Por el contrario, es el Estado quien debe satisfacer las necesidades públicas surgidas en el contexto del fenómeno migratorio, excluyendo la adopción de un sistema de control migratorio que instrumentalice a las personas migrantes. Esta acción estatal debe compatibilizar el cumplimiento de una serie de deberes impuestos por la Constitución, entre los que destacan: el deber de resguardar la seguridad nacional, el deber de brindar protección a la población y a la familia, el deber de promover la integración, y el deber de respetar y promover los derechos humanos.

Por otra parte, el sistema constitucional de derechos fundamentales es determinante a la hora de caracterizar a la Constitución de 1980 de especialmente garantista en relación a las personas migrantes. La amplia titularidad del catálogo completo de derechos fundamentales del artículo 19 (que los asegura a “todas las personas” incluyendo a nacionales y a extranjeros en igualdad de condiciones), es un rasgo central. En particular, la configuración de tres derechos de dicho catálogo (igualdad y no discriminación, debido proceso y libertad de desplazamiento y residencia) ha modelado a juicio de la doctrina y jurisprudencia algunos rasgos del sistema de control migratorio compatible con el texto constitucional. La interpretación de estos derechos en clave de movilidad humana excluye la adopción de un sistema discriminatorio con las personas migrantes, arbitrario administrativa y judicialmente con ellas, y restrictivo en el control a la movilidad humana.

Hay varias dudas que el análisis realizado pone en evidencia. En primer lugar, resulta contra intuitivo que una Constitución gestada durante un régimen autoritario de corte nacionalista resultare tan generosa en el reconocimiento de derechos a las personas extranjeras. Ello es tan peculiar, que paradójicamente, la protección constitucional es en varios aspectos incluso más amplia que la protección internacional a las personas migrantes. Igual de incomprensible es que en un contexto constitucional tan garantista, haya permanecido vigente por más de cuatro décadas una legislación de extranjería inspirada exclusivamente en el paradigma de la seguridad. En efecto, el propio Tribunal Constitucional chileno ha planteado que la recientemente derogada legislación de extranjería era “una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o

alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno”<sup>952</sup>.

Hoy por hoy, el marco jurídico de las migraciones en Chile se encuentra en pleno proceso de transformación. Durante 2021, se promulgó la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, que vino a poner fin a más de cuatro décadas de vigencia de una normativa que en múltiples aspectos se apartaba de exigencias básicas en materia de derechos de las personas migrantes. El periodo durante el cual se alcanzaron algunas de las más altas cifras de inmigración hacia Chile coincidió con un contexto político y social convulsionado, que motivó el inicio de un proceso para elaborar una nueva Constitución Política. Dicha tarea estuvo encomendada a una Convención Constitucional que, en un año, elaboró una propuesta sometida a referéndum y rechazada en septiembre de 2022. El fracaso de la propuesta constitucional de 2022 no resta interés a lo que en ésta se propuso, considerando que no puede decirse que el proceso constituyente chileno haya concluido y actualmente sigue negociándose a nivel político un nuevo mecanismo de reemplazo de la Constitución de 1980.

Dicha propuesta tomó como punto de partida la continuidad de la tradición constitucional chilena, que ha ampliado la titularidad de los derechos fundamentales a todas las personas con independencia de su nacionalidad. Desde aquí, se introducían una serie de disposiciones que previsiblemente hubiesen tenido un significativo impacto en materia de política migratoria, y particularmente en lo que dice relación con su dimensión de control. El modelo de Estado social y democrático de derecho, el principio de interculturalidad, la priorización de la región de América Latina y el Caribe en materia de política exterior y la protección ampliada a la familia en todas sus formas, son algunos de los aspectos que podrían haber tenido influencia en materia de principios básicos. Igualmente, existían innovaciones en materia de sistema de derechos fundamentales: un “derecho a no migrar”, un derecho a la libre circulación y residencia reconocido a todas las personas, y la consagración explícita del derecho a solicitar asilo y refugio eran algunos de los rasgos más destacables. Lo mismo podía decirse a propósito del derecho a no ser discriminado en razón de la nacionalidad, apatridia, raza, situación migratoria o de refugio. Menos progresiva resultaba la consagración del derecho a un debido proceso, que excluía su aplicación a los procedimientos administrativos.

---

<sup>952</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2273-12, considerando 7°.

En definitiva, el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración no puede obviar el marco constitucional de cada uno de los Estados. Ni el orden jurídico internacional basta por sí mismo, en la medida que su incorporación al derecho interno se despliega, a su vez, dentro de un orden constitucional particular, ni tampoco la ley migratoria puede ser considerada un “estatuto de excepción” que sustraiga o excluya a las personas migrantes de la plena vigencia del bloque de juridicidad que igualmente integran las normas constitucionales.

El planteamiento que hasta ahora hemos desarrollado permite hacerse una idea de las exigencias que, para el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración, derivan de la vigencia del Estado constitucional democrático. El estado actual del derecho internacional y del derecho constitucional a nivel interno ofrece suficientes elementos para comenzar a esbozar una respuesta sobre el modelo de fronteras más compatible con esta fórmula de Estado. Esta tarea demandará desarrollar un análisis menos centrado en la dogmática jurídica, y donde el protagonismo lo asuman las reflexiones que se han planteado en el seno de la filosofía moral y política, a propósito del tratamiento de la inmigración por parte de los Estados, y el modo en que determinadas posturas sobre el asunto se inclinan más por ciertos principios o por otros. A esto nos abocaremos en el capítulo que a continuación sigue.

## Capítulo IV

### LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL MIGRATORIO Y EL MODELO DE ‘FRONTERAS POROSAS’ A LA INMIGRACIÓN

#### I. Introducción

Como ha sido posible advertir a partir de lo hasta aquí planteado, la mayoría de los Estados receptores de flujos migratorios adopta la forma constitucional democrática, vinculándose con un contenido mínimo al que deben someterse en el tratamiento de la movilidad humana. Desde el derecho internacional, las competencias que definen el control migratorio gozan de un indiscutible reconocimiento jurídico, aunque deben coexistir con el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes, particularmente con un “derecho humano a migrar” que, como vimos en su oportunidad, no involucra la abolición ni el desmantelamiento de las fronteras. Al mismo tiempo, el ejercicio de estas competencias se despliega dentro de un marco constitucional que, con una titularidad de derechos fundamentales más o menos amplia según sea el caso, igualmente las modela y limita.

Pero ¿descansará este planteamiento también en razones que van más allá de lo puramente dogmático? ¿Podría decirse que el control a la inmigración es además una institución legítima, que se encuentra justificada en el marco de un Estado constitucional? ¿Será su existencia compatible con dicho modelo de Estado? ¿Cuál será el modelo de fronteras que un Estado constitucional democrático debiese adoptar a la luz del contenido mínimo cuya revisión hasta ahora nos ha ocupado? O, dicho en otras palabras, ¿cómo caracterizar el grado de permeabilidad de las fronteras más ajustado a esta fórmula estatal? El control migratorio es una cuestión abierta a la discusión moral y política<sup>953</sup>, por lo que, para ofrecer una respuesta a estas múltiples interrogantes, se hace necesario pausar el análisis de carácter puramente jurídico y abordar esta cuestión con la distancia y perspectiva que solo la reflexión filosófica permite.

Las discusiones relativas a los desplazamientos de población de un territorio a otro del planeta, y del trato a los “forasteros” han sido un importante objeto de la reflexión filosófica moral y política desde los inicios de la modernidad. En la antigüedad y el medioevo, al no existir el Estado en la

---

<sup>953</sup> TURÉGANO, 2020, p. 138.

forma que hoy lo conocemos, no existía un control celoso de las fronteras, que apenas estaban delimitadas. Por lo demás, una población numerosa fue durante largo tiempo considerada un patrimonio valioso por parte de los gobernantes, al ser reflejo del poderío y grandeza de sus dominios. Solo varios siglos más tarde, surgió una actitud de recelo para con la llegada de nuevos súbditos, provenientes de otros lugares. El trato a los extranjeros por parte de los gobernantes sí fue, en cambio, un asunto presente en la reflexión filosófica y en las rudimentarias instituciones jurídicas.

Para Aristóteles, por ejemplo, los extranjeros no formaban parte de las *polis*, de la misma manera que no formaban parte de ella los esclavos, metecos y trabajadores manuales, que aunque habitándola no eran considerados ciudadanos<sup>954</sup>. En el derecho romano clásico, los extranjeros libres que vivían dentro del mundo romano (*peregrinus*) tampoco tenían el estatus de ciudadanos. Aquellos que vivían fuera de los límites de Roma eran, además, considerados bárbaros, aplicándose a su respecto el conjunto de reglas consuetudinarias que los romanos llamaron *ius gentium*<sup>955</sup>. Lo mismo sucedía con los sin-derecho (*rechtlose*) del antiguo derecho germano, que, estando sometidos a la autoridad, no eran sujetos de derechos, sino que únicamente sujetos de deberes al no reconocérseles personalidad jurídica<sup>956</sup>.

Con el advenimiento de la modernidad y los procesos históricos que en ella tuvieron lugar, esta cuestión comenzó a ser enfrentada con un nuevo enfoque, instrumentalmente útil a los intereses expansionistas de las potencias europeas. Esta nueva mirada se caracterizó por reconocer derechos naturales o morales vinculados con la libertad de circulación internacional, como un *ius migrandi* que justificara los viajes transoceánicos y las empresas de conquista, o el derecho cosmopolita de un extranjero a ser recibido con hospitalidad en el país de destino. Con posterioridad, los gravísimos acontecimientos del s. XX, en que millones de personas fueron despojadas de su nacionalidad y privadas de su calidad de sujeto de derechos básicos, abrió un nuevo episodio en la reflexión filosófica sobre el trato dado a migrantes y refugiados.

---

<sup>954</sup> ARISTÓTELES, 2011, p. 101: “No depende sólo del domicilio el ser ciudadano, porque aquél lo mismo pertenece a los extranjeros domiciliados y a los esclavos”; p. 111: “Si Homero pone en boca de Aquiles estas palabras: ‘¡Yo, tratado como un vil extranjero!’, es que a sus ojos es uno extranjero en la ciudad cuando no participa de las funciones públicas; y allí donde se tiene cuidado de velar estas diferencias políticas, se hace únicamente al intento de halagar a los que no tienen en la ciudad otra cosa que el domicilio”.

<sup>955</sup> SAMPER, 2022, pp. 37-38.

<sup>956</sup> JELLINEK, 2017, p. 392-393.

Los debates filosóficos contemporáneos que se han sucedido desde el último cuarto del siglo pasado, en cambio, se han enfocado en dos clases de preguntas. La primera clase de ellas tiene que ver con el control de las fronteras estatales y el movimiento de personas a través de ellas. ¿Tienen los estados el derecho a controlar sus propias fronteras? ¿qué límites, si los hay, tiene el ejercicio de este derecho estatal? La segunda clase de preguntas, a su vez, tiene más bien que ver con el trato que los Estados han de brindar a quienes no son sus nacionales. En este sentido, las principales interrogantes en este sentido han sido: ¿cómo deben tratar los Estados que abrazan los principios propios de una democracia liberal a los extranjeros que desean cruzar sus fronteras? ¿qué hay con aquellos extranjeros que ya se encuentran dentro del territorio de un Estado? ¿qué trato han de recibir por parte de éste?<sup>957</sup>.

En la medida que el interés de esta investigación se ha concentrado fundamentalmente en el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración en los Estados constitucionales democráticos, nos ocuparemos de la primera clase de preguntas. Para ello, abordaremos las dos tesis centrales que se han planteado a la hora de responder a estas preguntas: la tesis de fronteras abiertas a la inmigración (que aquí denominaremos también “tesis abolicionistas” del control migratorio) y la tesis de fronteras cerradas a la inmigración (que aquí denominaremos también “tesis restriccionistas” con relación a la libre circulación). Luego, abordaremos una tercera forma de enfrentar estas preguntas, y que puede caracterizarse como una tesis híbrida o ecléctica (una que ha recibido la denominación de tesis de “fronteras porosas” a la inmigración).

En las páginas que siguen nos interesa reflexionar acerca de si el control migratorio es o no una institución legítima y compatible con el Estado constitucional contemporáneo, y de qué manera. Sostendremos que sí lo es, aunque su legitimidad se encuentra condicionada a un ejercicio calificado. Es decir, aunque se justifica el que los Estados dispongan de competencias para controlar el ingreso y la permanencia de extranjeros en su territorio, esto no les habilita para ejercer dichas competencias al margen de consideraciones mínimas de justicia y racionalidad, cuyo aterrizaje jurídico hemos tratado de identificar en los dos capítulos anteriores.

Este es un planteamiento que exige ser debidamente justificado, en la medida que han existido y siguen existiendo hasta hoy posturas “abolicionistas” con relación al control migratorio (que abogan por un régimen de fronteras abiertas), aspirando a un desmantelamiento de los controles

---

<sup>957</sup> SONG, 2016, p. 225.



ejercidos sobre el ingreso y la permanencia de las personas migrantes. De igual manera, existen hasta hoy posturas (que llamaremos “restriccionistas” con relación a la libre circulación) para las cuales los Estados son enteramente soberanos para el establecimiento de sus políticas migratorias sin atender más que a sus propios intereses.

El desarrollo de estas ideas demandará recurrir al tratamiento que la filosofía moral y política ha dado al asunto de la movilidad humana internacional y el control estatal sobre el tránsito a través de sus fronteras. En efecto, desde el advenimiento de la modernidad estas materias han sido objeto del interés y estudio de una larga lista de pensadores de la talla de Francisco de Vitoria<sup>958</sup>, Hugo Grocio<sup>959</sup>, o Samuel Pufendorf<sup>960</sup>. Sin embargo, solo a partir del último cuarto del s. XX, y fundamentalmente en el ámbito angloparlante, aunque también hispanohablante, se han desarrollado importantes discusiones en el seno de la filosofía moral y política, ubicándose algunas de las más recientes en una posición intermedia entre los extremos representados por las tesis “abolicionistas” y “restriccionistas”. Estas reflexiones servirán para exponer e ilustrar el planteamiento que desarrollaremos en las páginas que siguen.

Bajo estas premisas, el presente capítulo tiene por objeto revisar los principales argumentos involucrados en la discusión filosófica sobre la apertura o cierre de las fronteras a la inmigración, y plantear que el control migratorio no es en sí mismo incompatible con una sociedad democrática y liberal, siempre y cuando el diseño e implementación de sus instituciones se acomode a ciertos imperativos básicos. Cuando esto sucede, el control no es solo compatible con la forma de Estado constitucional democrática, sino que igualmente se trata de una institución virtuosa en lo que a la vigencia de determinados principios de justicia hacia quienes migran y de autodeterminación de una comunidad política refiere.

La estructura del presente capítulo es la siguiente. La primera parte tiene por objeto dar cuenta de las llamadas tesis “abolicionistas” sobre el control migratorio o de “fronteras abiertas”. La segunda parte desarrolla las llamadas tesis “restriccionistas” en materia de control a la movilidad humana, o de “fronteras cerradas”. Por último, en la tercera parte plantearemos que lejos de estas dos aproximaciones “binarias” o “polarizadas”, en materia de inmigración el modelo de fronteras compatible con las exigencias básicas derivadas de la forma de Estado constitucional democrática obedece a una tesis ecléctica o intermedia, como es la llamada tesis de “fronteras porosas”, en que

---

<sup>958</sup> VITORIA, 1975.

<sup>959</sup> GROTIUS, 2005.

<sup>960</sup> PUFENDORF, 1729.

la permeabilidad general de éstas a los flujos migratorios coexiste con motivos razonables de exclusión a determinadas personas por razones de interés general.

## **II. Tesis abolicionistas con relación al control migratorio: fronteras abiertas**

En términos generales, podría plantearse que las tesis que aquí llamamos “abolicionistas” abogan por el desmantelamiento de los controles migratorios, o dicho de otro modo, de las fronteras entendidas como dispositivos de control de la movilidad humana internacional (y no de las fronteras políticas propiamente). Se trata de un conjunto de posiciones que se nutre de argumentos cosmopolitas, libertarios, democráticos y utilitaristas para sostener que el control estatal a la inmigración carece de justificación y que por tanto debiese ser superado, dando paso a un régimen de fronteras abiertas o enteramente permeables al ingreso y la permanencia de extranjeros. Comenzaremos dando cuenta de la obra de los primeros pensadores que plantearon la idea de un derecho a cruzar las fronteras internacionales, para luego exponer cada uno de los argumentos principales abolicionistas que han seguido sosteniéndose hasta nuestros días.

### **1. Antecedentes: el derecho natural a la libre circulación y a la hospitalidad en la obra de Vitoria, Grocio y Kant**

Las primeras reflexiones relativas al desplazamiento de poblaciones más allá de las fronteras del propio Estado estuvieron en el foco del interés de los pensadores europeos, en un contexto en que la movilidad humana se encontraba particularmente en boga, producto de la expansión conquistadora y colonial europea. El naciente derecho internacional se nutrió de las ideas filosófico políticas en esta materia, destacando las propuestas por Francisco de Vitoria y Hugo Grocio, centradas en la dialéctica entre soberanía y hospitalidad, y que tendrían luego un importante impacto en la obra de otros pensadores que desarrollarían su obra bastante más entrada la modernidad.

En el caso de Francisco de Vitoria, fraile dominico español y catedrático de la Universidad de Salamanca, éste formuló en 1539 (en sus *Relectiones prior de Indis recenter inventis*)<sup>961</sup> una doctrina orgánica de los derechos naturales y universales de la especie humana que acabó

---

<sup>961</sup> “Aunque hoy las *Relectiones* son el principal medio de comunicación del pensamiento de Vitoria él no publicó nada durante su vida. Son sus discípulos quienes editaron sus textos. Las *Relectiones* de las que tenemos noticia son quince de las cuales se ha perdido la primera y la última parece que nunca fue dictada”. AGÜERO SAN JUAN, POBLETE ESPÍNDOLA y GARCÍA PETIT, 2017, p. 160.

ofreciendo un título de legitimidad a la conquista hispana en América<sup>962</sup>. En el contexto del hallazgo del continente americano por parte de los europeos, dicha doctrina vino a dotar de un sustento filosófico y jurídico a la conquista y sometimiento de los pueblos nativos, reconociendo a la libre circulación y a la migración, entre otros, el carácter de derecho universal. A partir de un *ius communicationis ac societatis* (el derecho de toda persona a comunicarse con el resto de la humanidad), cimiento de su concepción de la sociedad internacional como *communitas orbis* y cuyo fundamento halla en la sociabilidad natural propia de la especie humana, enumera en su obra un listado de derechos naturales derivados de éste, como consecuencia directa del mismo.

Entre ellos, el *ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi* (el derecho a viajar), el *ius commercii* (derecho de libre tránsito, comercio y libertad de los mares), el *ius praedicandi et annunciandi evangelium* (derecho a evangelizar), el *ius accupationis* (derecho a ocupar las ‘tierras baldías’ y las ‘posesiones de los indios’), el *ius migrandi* (derecho a migrar, estableciéndose en el Nuevo Mundo), y el *ius belli* (derecho a la guerra) para la defensa de todos los demás en caso de oposición por parte de los nativos<sup>963</sup>. A partir de estos derechos derivados del *ius communicationis* podría decirse que el pensamiento de Vitoria reconoce un derecho de entrada cualificado, para cualquier persona en relación al territorio de otro Estado. Permitir la entrada a cualquier forastero resulta obligatorio para cualquier Estado, siempre que el potencial huésped no cause daño a la sociedad de acogida<sup>964</sup>.

En la misma línea, aunque ligeramente más tarde, se encuentra el pensamiento filosófico político del neerlandés, también jurista, Hugo de Groot (más conocido como Hugo Grotius o Grocio). Este sostuvo y desarrolló el *ius communicationis* de Vitoria<sup>965</sup>, a la vez que refinó y enriqueció un principio de libre circulación internacional con dos componentes clave: el derecho a

---

<sup>962</sup> La afirmación de dichos derechos “ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y posteriormente, durante cinco siglos, de la colonización y de la explotación del planeta entero” (FERRAJOLI, 2016, p. 118). Este fue uno de los antecedentes que sentó las bases del moderno Derecho Internacional. Sin embargo, éstos fueron proclamados como iguales y universales en abstracto, en circunstancias que la humanidad era en realidad desigual y asimétrica en concreto. La emigración de los nativos hacia Europa era inimaginable, por lo que el ejercicio de estos derechos por parte de éstos era sencillamente impracticable (FERRAJOLI, 2016, p. 118).

<sup>963</sup> VITORIA, 1975. Por ejemplo, al plantear que “los españoles tienen derecho a viajar y permanecer en aquellas provincias, mientras no causen daño, y esto no se lo pueden prohibir los bárbaros” (p. 88). “No sería lícito a los franceses prohibir a los españoles recorrer Francia y aun establecerse en ella, ni viceversa, si no redundase en su daño o se les hiciera injuria; luego tampoco podrán hacerlo lícitamente los bárbaros” (p. 89).

<sup>964</sup> CHETAİL, 2017, pp. 903-907.

<sup>965</sup> El jurista holandés discutió por primera vez la noción general de *ius communicationis* en “*The Free Sea*” (1609), que se considera “un icono del derecho internacional”. Lo desarrolló en términos particularmente sencillos como principio fundamental, inherente al derecho internacional. GORDON, 2008, p. 252.

salir del propio país y el derecho a permanecer en un país extranjero, los que consideraba dos caras de la misma moneda<sup>966</sup>. Sus ideas fueron las más adecuadas para una primera fase de la globalización, donde grandes compañías transnacionales como la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, expandieron globalmente el comercio a través de las nuevas rutas marítimas con el “nuevo mundo”. La concepción “grociana” de la libre circulación fue más allá que la propuesta por Vitoria, al dejar de tener una connotación estrictamente colonial, de manera tal que resultó fortalecida frente a su predecesora<sup>967</sup>.

El pensamiento de Grotius toma como premisa básica el que Dios le ha dado a la humanidad el mundo como una herencia común, por lo que cada individuo tiene igual derecho a tomar los recursos naturales necesarios para sobrevivir, siempre que aquello no genere un perjuicio o detrimento a otra persona<sup>968</sup>. En efecto, esta “propiedad común” sobre el mundo que comparte la especie humana se encuentra limitada por la situación de necesidad de quien la ejerce, en el sentido de acceder solo a aquello que le resulte necesario para preservar su vida. Esto no solo se reduce al acceso al agua o la comida, sino que también el derecho a entrar en otra sociedad y a residir en el territorio que ella ocupa, al menos temporalmente, cuando el interesado está en una situación de peligro<sup>969</sup>.

Grotius planteó la existencia de un derecho a salir del propio país, a separarse del Estado en el cual se había nacido, salvo casos excepcionales como los tiempos de guerra y el caso de los deudores. También planteó, como contracara, la existencia de un derecho a inmigrar (es decir, a ingresar y permanecer en un país extranjero) limitado, reservado a aquellas personas que cumplieran con uno o más criterios relevantes, como la “justa causa” el estado de necesidad. Así, alguien que huye del hambre, la opresión o de la guerra, o que naufraga en costas de un país extranjero, por ejemplo, gozaría de este derecho<sup>970</sup>. Este derecho se funda en la idea grociana de “propiedad común” del planeta que habita la humanidad, tal como se funda en esta idea el derecho a que cualquier persona tome la luz de una vela o beba agua de un arroyo, sin daños a terceros<sup>971</sup>.

---

<sup>966</sup> CHETAIL, 2017, p. 907.

<sup>967</sup> CHETAIL, 2017, p. 907-908.

<sup>968</sup> GROTIUS, 2005, p. 420.

<sup>969</sup> GROTIUS, 2005, pp. 446-447.

<sup>970</sup> GROTIUS, 2005, pp. 1281-1282.

<sup>971</sup> Es decir, es una forma más del llamado “derecho a lucro inocente”. Este último punto es importante de recordar, en la medida que autoriza a los Estados a limitar la presencia de extranjeros cuando esta fuere perjudicial para la sociedad receptora o sus intereses.

Las ideas de Vitoria y Grocio influyeron en el pensamiento de otro gran filósofo moderno, que a finales del s. XVIII vino a dotar nuevamente de vigencia a dichos planteamientos, a tal punto que, hasta hoy puede considerarse uno de los padres del cosmopolitanismo: Immanuel Kant. En el “Tercer Artículo Definitivo para la Paz Perpetua” de 1795 (titulado “el derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de hospitalidad universal”), Kant sostuvo que todo individuo de la especie humana tiene un derecho universal a ser tratado con hospitalidad si, por algún motivo, llegase a pisar territorio extranjero. “La hospitalidad significa el derecho de un extranjero a no ser tratado con enemistad a su llegada a un territorio foráneo. Este puede rechazar al extranjero si esto puede suceder sin la ruina de aquel, pero mientras el extranjero esté en su sitio pacíficamente, no puede el otro comportarse hostilmente”<sup>972</sup>.

Este derecho emana de la calidad de ciudadano del mundo (de “participantes potenciales de una república mundial”<sup>973</sup>), y del hecho de que los seres humanos se ven obligados a vivir juntos atendido que la tierra es una esfera, e impone correlativamente un deber moral imperfecto de ayudar y ofrecer refugio a todos aquellos que ven peligrar su vida, físico y bienestar<sup>974</sup>. De esta manera, Kant postula la necesidad de reemplazar la hostilidad por la hospitalidad en las relaciones existentes entre una sociedad de acogida y los extranjeros que, por distintas razones, se hallaren en un país distinto al de su propia nacionalidad. Ello, sostiene, permitiría construir una paz universal duradera, que acabara con la trayectoria bélica que hasta entonces había caracterizado a las relaciones entre potencias europeas<sup>975</sup>.

No obstante, el derecho a la hospitalidad no tiene un alcance absoluto en el pensamiento kantiano, como tampoco lo tiene el “*ius communicationis*” de Vitoria ni la idea de “propiedad común de la tierra” en el pensamiento de Grocio. Asiste exclusivamente al visitante, no involucrando la posibilidad de instalarse permanentemente en cualquier país a su elección. En este sentido, supone un derecho a una residencia de carácter temporario, que el Estado de acogida no

---

<sup>972</sup> KANT, 2018, pp. 32-33. Kant reconoce tres niveles distintos, aunque vinculados, de relación de derechos: (a) el derecho de un estado (relaciones entre personas dentro de un Estado), (b) el derecho de naciones (relaciones entre Estados), y (c) el derecho para todas las naciones o “derecho cosmopolita”, que concierne a las relaciones de derecho entre personas y Estados extranjeros.

<sup>973</sup> BENHABIB, 2004, p. 30.

<sup>974</sup> KANT, 2018, pp. 32-37.

<sup>975</sup> El pensamiento de Kant se enmarca en la tradición del “federalismo cosmopolita”, que aboga por la pertenencia de toda la especie humana a una misma comunidad, aunque no en un Estado mundial, sino en unidades políticas delimitadas, cada una, por fronteras (BENHABIB, 2004, p. 77). En este contexto, Kant enfatiza que la existencia de lo que llama el “derecho a la hospitalidad” tiene un fundamento jurídico que emana de la propia naturaleza humana y no es meramente filantrópico, o un producto de la bondad o generosidad de los “anfitriones” hacia los “huéspedes” (BENHABIB, 2004, p. 30).

puede negar si de otro modo se produjere la destrucción del potencial huésped producto de las guerras, la piratería o el hundimiento de naves, por ejemplo. El derecho a una residencia de carácter permanente, en tanto, solo puede surgir producto de un acuerdo libremente decidido entre la sociedad de acogida y el forastero (un “contrato de beneficiencia”), y va más allá de aquello que moralmente se debe, como sucede a propósito del derecho de hospitalidad, cuyo respeto y garantía es una obligación para todo soberano<sup>976</sup>.

## **2. El argumento igualitarista y la justicia correctiva**

El primer argumento invocado por quienes abogan contemporáneamente por un régimen de fronteras abiertas a la inmigración tiene que ver con la relación existente entre ésta y la justa distribución de la riqueza global, al sostener que abolir el control migratorio contribuiría a reducir la pobreza en el mundo. La premisa básica a partir de la cual se ha elaborado este argumento dice relación con el hecho que todos los individuos de la especie humana son acreedores de la misma consideración moral, que a su vez demanda igualdad de oportunidades para desarrollar los distintos planes de vida<sup>977</sup>. Esto impone deberes distributivos significativos a nivel global.

Una primera línea de desarrollo del argumento igualitario apela a la “justicia cósmica”. El lugar en que se ha nacido condiciona de manera dramática no solo las perspectivas y proyectos de una persona, sino que también su esperanza de vida misma. Así, por ejemplo, el ingreso probable de toda la vida de un niño nacido en Haití es mucho menor del de uno nacido en la mayoría de los países del resto de América. La diferencia se multiplica si hacemos el paralelo con cualquiera de los países del llamado “primer mundo”. En consecuencia, nacer en determinados países del mundo (los países ricos) genera ventajas más que significativas para el plan de vida de una persona, por no decir privilegios.

Sin embargo, quienes han desarrollado este argumento igualitarista han sostenido que dichas ventajas o privilegios son injustos, al ser producto del azar y no de conductas o decisiones deliberadas. Es injusto en sí mismo que algunas personas vivan en peores condiciones que otras, y debemos actuar para corregir dicha injusticia. El haber nacido en un país rico es producto de una

---

<sup>976</sup> La tesis de Kant, de que un primer ingreso no podrá negarse a quienes lo buscan si aquello resultara en su “destrucción”, se incorporará a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, a través del principio de “*non refoulement*” o “no devolución”.

<sup>977</sup> El principio global de igualdad de oportunidades sostiene que todos los seres humanos que tienen el mismo nivel de habilidad y la misma disposición para usarlo deben tener las mismas perspectivas de beneficio, definidas en términos de bienestar, ingresos, niveles de vida u otros.

casualidad. Nadie ha decidido en qué lugar nacer. Esto genera una injusticia que ha de corregirse. No es lo mismo ser pobre por haber tomado decisiones imprudentes en la vida, que por el solo hecho de haber tenido la mala fortuna de nacer en un país pobre<sup>978</sup>.

Las fronteras cerradas y el control a la inmigración no contribuyen a superar dicha injusticia, en la medida que excluyen físicamente a las personas menos favorecidas y con menos oportunidades, de las ventajas a las que otros pudieron acceder por el solo hecho de haber nacido en una sociedad con mayor ingreso. Las fronteras abiertas, en cambio, “son esenciales para la igualdad de oportunidades, porque permiten a las personas acceder a las oportunidades”<sup>979</sup>. Joseph Carens, filósofo y politólogo estadounidense, ha sido uno de los autores más destacados en desarrollar y difundir este argumento en favor de un régimen de fronteras abiertas a la inmigración. En trabajos como “*Aliens and Citizens: The Case for Open Borders*” (1987) o “*The Ethics of Immigration*” (2013), ha sostenido que un mundo en que todas las personas tienen el derecho a moverse libremente a través de las fronteras estatales contribuiría a la justicia global<sup>980</sup>.

El argumento de Carens (y el de otros autores, como Moellendorf<sup>981</sup>), se ha construido ampliando al mundo entero el alcance de las ideas de “*Theory of Justice*” de Rawls, más allá de lo originalmente planteado por dicho autor. La membresía política rara vez ha sido considerada un aspecto importante de las teorías de la justicia<sup>982</sup>. En efecto, la “Teoría de la Justicia” rawlsiana versa sobre los rasgos de una sociedad justa, y está encaminada a “lograr un acuerdo sobre los criterios públicos para la valoración, el diseño y la reforma del orden institucional de una sociedad”<sup>983</sup>. Sin embargo, guarda silencio acerca del papel que han de jugar las fronteras o la pertenencia nacional en el origen de las desigualdades a nivel global. Esta omisión ha sido analizada críticamente, planteándose que “si la movilidad es un elemento estructural del orden vigente, los criterios de justicia por los que debería regirse tienen que ser parte de cualquier teoría que aspire a ordenar de modo justo nuestras sociedades”<sup>984</sup>.

---

<sup>978</sup> HOSEIN, 2019, p. 13. En la misma línea, la crítica de Ayelet Schachar a la ciudadanía por derecho de nacimiento se basa en una opinión similar: “En un mundo desigual como el nuestro, la ciudadanía por derecho de nacimiento hace más que demarcar una forma de pertenencia. También distribuye la voz y las oportunidades de una manera muy desigual” SCHACHAR, 2009.

<sup>979</sup> CARENS, 1992, p. 26.

<sup>980</sup> CARENS, 2013, p. 235-311.

<sup>981</sup> MOELLENDORF, 2002.

<sup>982</sup> BENHABIB, 2004, p. 62.

<sup>983</sup> VELASCO, 2016, p. 245.

<sup>984</sup> TURÉGANO, 2020, p. 135.

La segunda gran obra de Rawls, *“The Law of Peoples”*, versa sobre las relaciones justas entre pueblos y aspira únicamente a ofrecer un conjunto de normas de buena conducta a las que éstos han de atenerse<sup>985</sup>. Aquí tampoco se hace justicia sociológica ni normativamente a las cuestiones planteadas por el cruce de fronteras<sup>986</sup>. De hecho, la única mención que dicha obra realiza al asunto es una nota a pie de página que comienza señalando que “un pueblo tiene al menos un derecho calificado a limitar la inmigración”<sup>987</sup>. Los movimientos migratorios no son considerados por Rawls un aspecto del “Derecho de Gentes”, siendo más bien “episódicos y no esenciales para la vida de los pueblos”<sup>988</sup>. reduciendo las diferentes causas de los complejos flujos internacionales de población a una principal: la ausencia de instituciones y estructuras liberal democráticas estables en los países emisores<sup>989</sup>.

Una segunda línea argumentativa que aboga por un régimen de fronteras abiertas a la inmigración como medida correctiva a las desigualdades globales corresponde a la desarrollada por el filósofo y politólogo iraní-canadiense Arash Abizadeh. Este autor cuestiona la premisa según la cual los deberes de justicia de una determinada comunidad política son exigibles exclusivamente respecto de sus propios miembros. Los Estados no solo exigen a sus propios súbditos el cumplimiento de sus leyes, sino que también algunas de estas resultan extensivas a quienes no lo son, por ejemplo, a propósito de las reglas sobre cuándo y cómo cruzar sus fronteras. Plantea, en consecuencia, que los Estados tienen las mismas responsabilidades con todos los individuos del planeta, lo que demanda fronteras abiertas. Abolir el control migratorio sería, a su juicio, la única

---

<sup>985</sup> VELASCO, 2016, p. 245.

<sup>986</sup> BENHABIB, 2004, p. 62. “Las razones que Rawls proporciona para separar el modelo de justicia estatal del internacional no se han considerado suficientes. Por una parte, plantea el argumento de la autonomía política que descansa en una premisa implícita inaceptable relativa a que las causas de la desigualdad global radican en factores nacionales, que hacen que algunas sociedades prosperen y otras fracasen, obviando factores externos”. TURÉGANO, 2022, p. 147.

<sup>987</sup> RAWLS, 2002, nota al pie 48. Rawls nombra varias condiciones que contarían como motivos legítimos para limitar la inmigración. En primer lugar, concluye que deben existir fronteras de algún tipo, y que limitar la inmigración es necesario para “proteger la cultura política de un pueblo y sus principios constitucionales”. BENHABIB, 2004, p. 72.

<sup>988</sup> BENHABIB, 2004, p. 64, p. 71. Rawls sostiene que, en un mundo globalmente bien ordenado, en un mundo justo, las migraciones constituirían un fenómeno irrelevante, pues sus causas habrían sido eliminadas y, por tanto, no actuarían como elementos de presión sobre la política. VELASCO, 2016, p. 261.

<sup>989</sup> RAWLS, 2002, p. 18, p. 51-52. Otros teóricos de la justicia global, tales como Thomas Pogge o Charles Beitz, han ido mucho más allá que Rawls en materia de justicia y fronteras. Sin embargo, las ideas del último son las que han sido tomadas en mayor medida a la hora de construir un argumento igualitarista a favor de un régimen de fronteras abiertas en esta materia. El ejercicio de imaginarse detrás de un “velo de la ignorancia”, rawlsiano por definición, ha sido también aplicado para Will Kymlicka. Este, por ejemplo, piensa que, en este escenario hipotético, la gente aceptaría que “siempre que no haya una excesiva desigualdad económica entre las naciones, los Estados deberían tener la facultad de regular los procesos de admisión y de naturalización de extranjeros”. KYMLICKA, 2006, p. 70.



forma de ofrecer un trato justo a todas las personas, con independencia de su estatus de pertenencia a una comunidad política<sup>990</sup>.

Por último, una tercera línea argumentativa en esta dirección tiene relación con la justicia correctiva en las relaciones entre países más y menos desarrollados. Históricamente, han existido países más desarrollados que han dañado o explotado a los habitantes de países menos desarrollados. Se ha planteado que, por ejemplo, iniciativas como el Proyecto de Industrialización Fronteriza (BIP) o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) han perjudicado a los trabajadores y a la sociedad mexicana, y beneficiado a los Estados Unidos y a Canadá<sup>991</sup>. De igual manera, hay países que a través de la violencia masiva ejercida sobre la población local han mantenido sus instituciones coloniales, como ocurrió con los métodos del General Bugeaud para sofocar la resistencia argelina<sup>992</sup>, o con las exigencias a Haití de pagar una enorme compensación económica a Francia tras su independencia<sup>993</sup>. En esta misma línea, se ha planteado por James Souter que las fronteras abiertas a los solicitantes de asilo son una forma de reparación cuando un Estado ha sido responsable del daño ocasionado a otro Estado, ocasionando el desplazamiento forzado de quienes huyen producto de la persecución o de una grave amenaza contra su vida, integridad o libertad<sup>994</sup>.

La explotación por parte de ciertos países respecto de otros menos privilegiados ha sido posible, a juicio de quienes postulan esta tercera línea argumentativa, gracias a estructuras globales en las cuales las fronteras cerradas a la inmigración constituyen una parte fundamental. Estas crean “una especie de *apartheid*, segregando a los grupos étnicos y haciendo cumplir (un) sistema de

---

<sup>990</sup> ABIZADEH, 2008, pp. 37-65.

<sup>991</sup> WILCOX, 2014.

<sup>992</sup> El General Thomas Robert Bugeaud fue un personaje relevante, en tanto, su liderazgo militar permitió consolidar la conquista de Argelia durante el s. XIX. Conocido por su célebre frase “quien no sea como nosotros, está contra nosotros”, fueron igualmente famosos sus métodos no convencionales para sofocar la resistencia argelina, a través del ataque a la economía del país, saqueando almacenes de grano y destruyendo los rebaños de la población local. NEOCLEOUS, 2016, p. 14.

<sup>993</sup> Haití fue una próspera colonia francesa económicamente muy rentable para la metrópoli, a costa de una esclavitud sádica que costó la vida de miles de personas. La guerra de independencia supuso la destrucción de las plantaciones y la infraestructura del ahora independiente país. Para obtener reconocimiento diplomático francés, el Estado haitiano debió reducir en un 50% los aranceles a las importaciones francesas e indemnizar a su antigua potencia colonial con 150 millones de francos, el equivalente a diez veces sus ingresos anuales. Debiendo endeudarse para pagar, solo 122 años más tarde pudo saldar dicha deuda. Hay quienes plantean hoy que Haití podría demandar a Francia ante la Corte Internacional de Justicia por estos hechos. OBREGON, 2019.

<sup>994</sup> SOUTER, 2014, pp. 333-335. David Miller, en cambio, piensa que cuando los Estados infligen daño a los que están fuera de sus fronteras, idealmente deberían responder rectificando el daño en el lugar donde ocurrió, en lugar de simplemente ofrecer una compensación a las personas que han resultado heridas. MILLER, 2016b, p. 114.

castas”<sup>995</sup>. Sería necesario, en consecuencia, implementar un régimen de fronteras abiertas, como medida que permita no solo reparar los perjuicios ocasionados por las estructuras globales de dominación respecto a los países menos desarrollados, sino que también para avanzar en transformar, aunque sea lentamente, dichas estructuras<sup>996</sup>.

### **3. El argumento libertario**

Un segundo argumento desarrollado por quienes han defendido un régimen de fronteras abiertas plantea que las restricciones a la inmigración son injustas puesto que ellas involucran una grave afectación de libertades individuales básicas protegidas en cualquier sociedad democrática, como el derecho a la libre circulación o a la libre contratación. La premisa central es que la autonomía individual es valiosa en las democracias liberales, y que sus distintas manifestaciones reciben un reconocimiento como derechos fundamentales, de modo tal de favorecer la libre decisión en torno a los valores y proyectos de vida a adoptar y lleva a cabo. Ello ocurre, por ejemplo, con el respeto y protección de la libertad de expresión, la libertad de culto o la libertad de asociación.

#### **3.1 Control migratorio y derecho a la libre circulación internacional**

Una primera cuestión planteada por el discurso filosófico moral y político libertario dice relación con que “la libertad de movimiento es un derecho humano básico desde una perspectiva liberal igualitaria”<sup>997</sup>, y las restricciones a la inmigración “parecen ser una violación flagrante del derecho a la libertad de movimiento”<sup>998</sup>, de modo tal que cualquiera que las defienda “enfrentaría una pesada carga de la prueba”<sup>999</sup>. Como revisamos en nuestro segundo capítulo, el derecho internacional no ha consagrado explícitamente un derecho a la libre circulación internacional. Sin embargo, para quienes abogan por un régimen de fronteras abiertas a la inmigración se trataría, a lo menos, de un derecho moral.

El valor de la autonomía individual subyace al reconocimiento de un derecho moral a circular libremente. “Las personas tienen un interés vital en poder ir a donde quieran ir y hacer lo que quieran hacer, siempre y cuando no violen los derechos de nadie más”<sup>1000</sup>. En efecto, se plantea

---

<sup>995</sup> WILCOX, 2014, p. 129.

<sup>996</sup> WILCOX, 2014, p. 131.

<sup>997</sup> CARENS, 1992, p. 36-37, p. 25.

<sup>998</sup> MOELLENDORF, 2002, p. 62.

<sup>999</sup> CARENS, 1992, p. 36-37, p. 25.

<sup>1000</sup> CARENS, 2013, p. 249.

que todos los individuos de la especie humana tenemos un interés por acceder a la “gama completa de opciones de vida existentes”<sup>1001</sup>: económicas, sociales, familiares o laborales, entre otras. Supongamos que alguien decide adoptar una fe que se practica únicamente en un determinado país, dedicarse a aprender el folklore de una nación en particular, o sencillamente radicarse en un lugar cuyos paisajes o arquitectura le identifican profundamente. Joseph Carens ha planteado que “la libertad de movimiento contribuye a la autonomía individual tanto directa como indirectamente”<sup>1002</sup>, por lo que debiera reconocerse como derecho, como el producto de una necesidad humana básica o de un interés humano fundamental. Las fronteras abiertas favorecerían el ejercicio de dicha libertad.

Un primer sub argumento para justificar la existencia de un derecho humano a la libre circulación internacional dice relación con que su reconocimiento sería producto de una extensión lógica de otros derechos explícitamente reconocidos, entre los cuales se encuentra la libertad ambulatoria al interior de los Estados, y el derecho a salir del territorio de cualquier país. Si el derecho a la libre circulación permite a cualquiera salir de un país, o viajar dentro de él, lo natural sería que también permitiera ingresar a otros países. A menos que estemos preparados para conceder a los Estados el derecho de controlar discrecionalmente, o incluso prohibir, la libre circulación interna o la emigración, la coherencia exige no limitar la inmigración, y por tanto, abrir las fronteras a la misma.

En relación a la libertad ambulatoria interna, se ha planteado que “si la libertad de movimiento dentro de un Estado es tan básica, ¿por qué motivo podemos restringir la libertad de movimiento entre Estados?”<sup>1003</sup>. Efectivamente, las democracias liberales reconocen y garantizan la libertad ambulatoria al interior de los Estados, lo que permite, por ejemplo, viajar libremente dentro del territorio español, desde Madrid a Valencia, o dentro del territorio chileno, desde Valdivia a Punta Arenas, por ejemplo. Los países que restringen la libre circulación de sus habitantes al interior de su territorio, en cambio, suelen ser objeto de duros cuestionamientos.

Las razones que motivan a una persona a trasladarse de un punto a otro del territorio de un país son consideradas legítimas por los Estados, y restringir dicha posibilidad es considerado arbitrario. No se limita la posibilidad de trasladarse dentro de un país, por ejemplo, por motivos laborales, por motivos familiares o amorosos, por razones culturales o religiosas. No se advierten, desde este

---

<sup>1001</sup> OBERMAN, 2016, p. 35.

<sup>1002</sup> CARENS, 2013, p. 227.

<sup>1003</sup> CARENS, 1987, p. 267.

punto de vista, razones para limitar entonces la movilidad internacional por cualquiera de estos motivos. “La disyuntiva radical que trata la libertad de movimiento dentro de un Estado como un derecho humano, al tiempo que otorga a los Estados un control discrecional sobre la libertad de movimiento a través de sus fronteras no tiene sentido moral”<sup>1004</sup>. En consecuencia, la libertad de movimiento internacional entendida como un derecho humano debiese reconocerse como el producto de “una extensión lógica de las prácticas democráticas bien establecidas de tratar a la libertad de movimiento dentro de las fronteras estatales como un derecho humano”<sup>1005</sup>.

En relación al derecho a emigrar o a salir del territorio de un país, se ha planteado que la única alternativa posible si se pretende afirmar de manera consistente su existencia, es reconocer también el derecho a inmigrar. “No se puede afirmar sistemáticamente que existe un derecho humano fundamental a la emigración, pero no existe tal derecho a la inmigración”<sup>1006</sup>. En el desarrollo de esta idea ha tenido un rol destacado el filósofo y politólogo inglés Phillip Cole. Este autor ha planteado este asunto en términos de “simetría” entre el derecho a salir y a entrar. Reconocer solo un derecho a emigrar, y no el correlativo derecho a inmigrar, supondría una “asimetría liberal” que no es solo éticamente incoherente, sino que también lo es conceptualmente<sup>1007</sup>. Ambos derechos “se mantienen unidos y caen juntos”<sup>1008</sup>.

### **3.2 Control migratorio y derecho a la libre contratación**

Una segunda cuestión asociada al desarrollo del argumento libertario para abrir las fronteras a la inmigración tiene que ver con la dimensión económica o patrimonial de la libertad individual. En particular, con la libertad para disponer total o parcialmente del patrimonio propio, celebrando actos y contratos sobre bienes y servicios, incluyendo la contratación en materia laboral. Se ha planteado que, en última instancia, un régimen de fronteras abiertas es también garantía del respeto a la libertad de contratación. Esto puede resultar contraintuitivo. Sin embargo, se ha sostenido que al igual como no se justifica la interferencia estatal en los términos de contratación para vender o arrendar un bien raíz, por ejemplo, tampoco se justifica que el Estado interfiera en la contratación

---

<sup>1004</sup> CARENS, 2013, p. 239.

<sup>1005</sup> CARENS, 2013, p. 237.

<sup>1006</sup> COLE, 2000, p. 46.

<sup>1007</sup> COLE, 2000, p. 46.

<sup>1008</sup> “Si se puede demostrar que el Estado tiene el derecho de controlar la inmigración, debe seguir que también tiene el derecho de controlar la emigración: los dos se mantienen unidos y caen juntos”. COLE, 2000, p. 46.

de trabajo o mano de obra extranjera, como lo hace al restringir la inmigración y robustecer el control sobre el ingreso y la permanencia de extranjeros en su territorio<sup>1009</sup>.

Las restricciones a la inmigración impiden que las personas sean libres de contratar, afectando los derechos patrimoniales de quienes quieren contratar a extranjeros, y de los propios extranjeros que desean ingresar al país en cuestión para dar cumplimiento a un contrato de trabajo<sup>1010</sup>. Se han planteado algunos ejemplos para dar cuenta de esta situación. Se expone, por ejemplo, el caso de un hospital ruso que desea contratar enfermeras de Malasia vería coartada su libertad de contratación si las cuotas de inmigración impuestas por el gobierno de Rusia se lo impiden, del mismo modo que se vería coartada la libertad individual de las enfermeras malayas<sup>1011</sup>. Este ejemplo demostraría la necesidad de un régimen de fronteras abiertas a la inmigración, y un desmantelamiento de los mecanismos de control a la misma, si existe un verdadero compromiso con el respeto de la libertad de contratación.

#### **4. El argumento democrático**

Un tercer argumento para justificar la necesidad de un régimen de fronteras abiertas a la inmigración se asocia a la necesidad de favorecer la vigencia del régimen democrático propio de la mayoría de sistemas políticos en el mundo contemporáneo. Como veremos más adelante, los principios democráticos también se emplean para argumentar en favor de un régimen restrictivo o de fronteras cerradas a la inmigración. Es por eso que hacemos hincapié en que esta es apenas una de las versiones del argumento que invoca los principios democráticos para ofrecer una respuesta al tratamiento estatal a la inmigración. Sin embargo, desde la mirada abolicionista, un verdadero compromiso con la democracia resultaría incompatible con un derecho estatal a excluir unilateralmente a ciertas personas del derecho a ingresar a su territorio y asentarse en él. Cualquier clase de restricción migratoria sería, por tanto, altamente problemática a la luz de los principios democráticos.

---

<sup>1009</sup> Esta es una premisa derivada del pensamiento libertario clásico presente, por ejemplo, en la obra de Robert Nozick. No solo existe derecho de propiedad sobre bienes materiales, sino que también sobre el trabajo propio o de otros individuos. La libertad contractual debiera permitirnos celebrar actos y contratos sobre todos los términos de una relación laboral, incluyendo las horas, salarios y condiciones de trabajo (NOZICK, 1988). Un componente esencial de la libertad es “el derecho general a hacer un contrato (...) y esto incluye el derecho a comprar y vender mano de obra”. Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *Lochner v. Nueva York*, 1905, párrafo 45.

<sup>1010</sup> CARENS, 1987, p. 253. KUKATHAS, 2005, p. 210.

<sup>1011</sup> HOSEIN, 2019, pp. 23-24.

El motivo tras esta propuesta se relaciona con que la decisión misma de la exclusión, o de la restricción a la inmigración, no puede considerarse democrática mientras no se incluya en la deliberación a los afectados por la medida. “El ejercicio del poder político es legítimo solo en la medida en que esté justificado por y para las mismas personas sobre las que se ejerce”<sup>1012</sup>. No puede practicarse legítimamente la coerción política si es que esta se impone unilateralmente, sin incluir en la decisión a todos los involucrados. Para Arash Abizadeh, principal defensor de esta idea, una auténtica democracia demanda la participación de todos los potenciales coaccionados por la medida, en la toma de la decisión que funda la restricción migratoria<sup>1013</sup>. Las instituciones coercitivas como el control migratorio no pueden imponerse a menos que los coaccionados tengan la posibilidad de participar en la toma de dicha decisión, cuestión que no sucede cuando se trata de legislar sobre políticas de control a la inmigración. En consecuencia, un compromiso con los principios democráticos exigiría dar voz a los “forasteros” a la hora de adoptar leyes migratorias.

Podría objetarse el hecho que no es fácil ofrecer el derecho a participar a todos cuando la realidad demuestra que constantemente existen personas entrando y saliendo de un Estado. Sin embargo, la práctica evidencia que lo mismo ocurre en las unidades territoriales interiores, donde pese a haber personas que entran y salen permanentemente, existe un reconocimiento de los derechos democráticos con independencia del lugar de nacimiento del elector, bastando con la residencia en el lugar en cuestión en el momento del acto electoral para el ejercicio de derechos como el voto. ¿Por qué no podría ocurrir lo mismo con relación a la migración internacional?

La concepción de democracia adoptada por Abizadeh, que coloca el foco en los derechos de participación política no sería compatible, a su juicio, con la aplicación de la coacción estatal a personas sin antes darles una voz en la discusión sobre las ventajas o desventajas de dicho arreglo político, ni reconocerles el derecho a participar directa o indirectamente en la instancia de decisión sobre esta restricción de sus libertades individuales por medio de la ley migratoria. Sería incompatible sostener, por un lado, el derecho de los eventuales coaccionados en la toma de la decisión, y a su vez, defender el derecho estatal a la exclusión unilateral: la exigencia de fronteras abiertas resultaría una consecuencia inevitable del empleo de este argumento, y es justamente lo que esta versión del argumento democrático plantea.

---

<sup>1012</sup> ABIZADEH, 2008, p. 41.

<sup>1013</sup> ABIZADEH, 2008, pp. 38-39; COLE, 2000, pp. 184-186.

## 5. El argumento utilitarista

El cuarto argumento desarrollado en el marco de las tesis abolicionistas del control migratorio proviene del pensamiento utilitarista y su principio fundamental, según el cual aquello que importa en última instancia es maximizar la utilidad, y en consecuencia, la felicidad de las personas<sup>1014</sup>. Los utilitaristas proponen que, a la hora de inclinarnos por una determinada posición en relación a la permeabilidad de las fronteras, debemos considerar aquella alternativa que, moralmente hablando, permita maximizar la felicidad de la sociedad en su conjunto, o la utilidad general. Aquello involucra un compromiso utilitarista con la igualdad moral, que se refleja en la premisa de que todos deben contar cuando se calcula la utilidad general (nacionales y extranjeros), y no solo un grupo de la población<sup>1015</sup>.

El utilitarismo considera particularmente los beneficios económicos a la hora de inclinarse por una determinada postura sobre cualquier materia, incluyendo los asuntos vinculados con las políticas de control a la inmigración. Un utilitarista no dudaría en afirmar que la mejor política migratoria sería aquella que maximice las utilidades económicas generales al interior de una determinada sociedad<sup>1016</sup>. En este sentido, la opinión dominante entre los economistas clásicos y neoclásicos es que la libre movilidad del capital y trabajo es fundamental a la hora de maximizar las ganancias generales, lo que requiere de fronteras abiertas a la inmigración<sup>1017</sup>. Si las fronteras se abren, se favorece la libre contratación de los trabajadores más productivos al costo más eficiente, sin atender a su nacionalidad.

Cerrar las fronteras a la inmigración o imponer restricciones al desplazamiento de extranjeros a través de las fronteras estatales, en cambio, tendría consecuencias económicas negativas. La economía se vería perjudicada si se restringe la posibilidad de que las empresas contraten a trabajadores migrantes, cuando la mano de obra interna es insuficiente o ineficiente. Los jóvenes migrantes no calificados multiplicarían sus ingresos si se mudan a un país desarrollado como

---

<sup>1014</sup> El “utilitarismo” indica la opinión de que si un acto es justo o injusto es algo que depende de que creamos que sus consecuencias son buenas o malas. Según Bentham, “bueno” y “malo” se refieren a placeres o dolores producidos en las experiencias de seres humanos en lo individual (...). En el plano social, el objetivo a perseguir es alcanzar la mayor felicidad para el mayor número. FULLER, 1993, pp. 668-674.

<sup>1015</sup> CARENS, 1987, p. 263.

<sup>1016</sup> CARENS, 1987, p. 263.

<sup>1017</sup> CARENS, 1987, pp. 263-264; CLEMENS, 2011, pp. 88-89.

Estados Unidos, según un informe del Banco Mundial publicado el año 2018<sup>1018</sup>. Los países de origen de los trabajadores migrantes también se beneficiarían de la apertura de las fronteras, al reducir la presión laboral cuando existen altas tasas de desempleo y al permitir la recepción de “remesas” enviadas por sus nacionales, generalmente a familiares. Existen países en que las “remesas” constituyen más del 10% del PIB, como es el caso de El Salvador, Jamaica o Jordania<sup>1019</sup>.

Las finanzas públicas también se ven beneficiadas en un régimen de fronteras abiertas, de distintas maneras. Un crecimiento de la actividad económica y de la productividad permite una mayor recaudación tributaria. El crecimiento de la población económicamente activa que trae consigo la llegada de trabajadores migrantes significa, a su vez, un aumento en el número de contribuyentes que permite también una mayor recaudación derivada de las rentas de dichos trabajadores, y de la adquisición de bienes y servicios en su diario vivir. Los Estados también se benefician de la recaudación por concepto de tasas y trámites migratorios. En el caso chileno, por ejemplo, un estudio publicado en 2020 concluyó que la contribución migrante neta al ingreso fiscal ha sido del orden de un 1,3% del Producto Interno Bruto (PIB) anual promedio, que equivale a US \$4.000 millones por concepto de pago de impuestos, trámites migratorios y multas<sup>1020</sup>. Eso sí, un abolicionista del control a la inmigración podría sostener que el régimen de fronteras abiertas supone abolir también toda clase de trámites y el pago de toda clase de tasas, lo que reduciría esta estimación.

Fuera de la utilidad puramente económica de un régimen inmigración libre o desregulada, el argumento utilitarista ha también considerado el impacto (positivo o negativo) que una medida de esta naturaleza tendría en la cultura o modo de vida de las sociedades involucradas, aunque aquí se presentan mayores dificultades si se trata de inclinarse por las tesis abolicionistas. Los utilitaristas no tienen una respuesta única a la hora de responder si es que todos los placeres, deseos o intereses cuentan a la hora de calcular la utilidad o el impacto de una medida en la felicidad general. Por ejemplo, algunos podrían sostener que las fronteras abiertas no se justifican si la inmigración es considerada indeseable por la mayoría de los ciudadanos de una determinada sociedad (como de

---

<sup>1018</sup> BANCO MUNDIAL, 2018, sección 2. El informe concluye que "si duplicáramos el número de inmigrantes en países de altos ingresos trasladando a 100 millones de jóvenes de países en desarrollo, la ganancia anual de ingresos sería de 1,4 billones de dólares". BANCO MUNDIAL, 2018, sección 1.

<sup>1019</sup> HOSEIN, 2019, p. 10.

<sup>1020</sup> SERVICIO JESUITA A MIGRANTES y FUNDACIÓN AVINA, 2020.



hecho ocurre en un número importante de países). Esto resulta problemático, en la medida que la respuesta utilitarista podría llegar a justificar restricciones a la inmigración basadas en los prejuicios culturales, xenófobos o raciales. En cualquier caso, las preocupaciones, placeres, deseos o intereses de los extranjeros deben también tenerse en cuenta en el cálculo utilitario<sup>1021</sup>.

### **III. Tesis restriccionistas con relación a la libre circulación: fronteras cerradas**

Frente a las llamadas “tesis abolicionistas” del control a la inmigración tenemos aquellas que aquí denominamos “tesis restriccionistas” con relación a la libre circulación, también llamadas en el discurso filosófico moral y político como tesis de las “fronteras cerradas”. El uso de esta última expresión tiene sin duda rendimiento explicativo, pero puede prestarse para malentendidos y errores. El planteamiento central de este conjunto de posturas es que las políticas que involucran la selección de algunos migrantes y la exclusión de otros son legítimas<sup>1022</sup>, o dicho de otro modo, que el control a la inmigración es una potestad estatal justificada que puede ejercerse a conveniencia del Estado en cuestión.

En efecto, autores como David Miller han planteado que “el argumento aquí, para evitar malentendidos, no es que una comunidad política auto determinada debe cerrar sus fronteras, sino que debe tener el derecho a controlar sus fronteras para preservar un gama significativa de opciones políticas sin detrimento de los derechos humanos de aquellos a quienes elige admitir”<sup>1023</sup>. Esto es efectivo, puesto que ni aún los países más herméticos del mundo tienen sus fronteras absolutamente cerradas, impidiendo el ingreso y la permanencia de todo extranjero. No obstante, la última parte de la cita debe considerarse con prudencia puesto que no todos los argumentos restriccionistas tienen la misma consideración y deferencia con el respeto a la dignidad y los derechos humanos de las personas migrantes. Como veremos más adelante, no consideramos que estos planteamientos “restriccionistas” sean equivalentes a las miradas eclécticas o intermedias que nos parecen más ajustadas a la fórmula de Estado constitucional democrático.

Las tesis restriccionistas consisten en un conjunto de planteamientos que se han formulado principalmente desde posiciones comunitaristas y nacionalistas liberales, y que han dado pie a argumentos para restringir la inmigración basados en la preservación de la identidad cultural, el sostenimiento de las finanzas públicas, el funcionamiento del sistema político democrático, o la

---

<sup>1021</sup> CARENS, 1987, p. 264.

<sup>1022</sup> MILLER, 2016b, p. 57.

<sup>1023</sup> MILLER, 2016b, p. 62.

seguridad nacional. Comenzaremos dando cuenta de la obra de los primeros pensadores que plantearon la idea de un derecho estatal a controlar la presencia de extranjeros en el territorio, para luego exponer de cada uno de los principales argumentos restriccionistas que se han planteado y siguen sosteniéndose hasta hoy.

### **1. Antecedentes: un derecho estatal de admisión a extranjeros en la obra de Pufendorf y Wolff**

Los pensadores modernos que sucedieron a Vitoria y a Grotius, filósofos políticos y estudiosos del derecho de gentes aún en formación, se separaron de las tesis de sus predecesores al colocar el énfasis de sus planteamientos en la soberanía territorial de los Estados y las potestades derivadas de ella, más que en un derecho natural a la libre circulación. Entre estos pensadores destacaron Samuel Pufendorf<sup>1024</sup> y Christian Wolff<sup>1025</sup>, quienes desarrollaron su obra durante los siglos XVII y XVIII, respectivamente. Su tránsito hacia un nuevo paradigma, que desplazó la libertad de circulación frente a la soberanía territorial, tenía plena lógica considerando el momento histórico que vivían los, cada vez más poderosos, Estados europeos en virtud del Tratado de Westfalia (1648)<sup>1026</sup>.

En el caso de Pufendorf, sus ideas contrastaron la salida del propio Estado de la admisión en otro, como dos cuestiones distintas y regidas por principios diferentes. En relación a la salida de una persona de su país de origen, es decir, la emigración, consideró que quedaba entregada a la decisión de cada individuo, salvo casos excepcionales como los que Grotius también planteó. El ingreso a un país extranjero, en cambio, es un asunto que, a su juicio, debía quedar condicionada a la decisión libre y soberana del Estado de destino de dicha inmigración. Por lo tanto, no existe en su pensamiento correlación necesaria entre libertad de salida y de entrada<sup>1027</sup>.

Se ha entendido que las ideas de Pufendorf en esta materia son una reacción al pensamiento de Vitoria y su *ius communicationis*, que permitiría un indiscriminado acceso de los extranjeros al territorio de un Estado. Planteaba el primero que “parece muy grosero y absurdo permitir que otros

---

<sup>1024</sup> PUFENDORF, 1729.

<sup>1025</sup> WOLFF, 1934.

<sup>1026</sup> “La mayoría de los analistas coinciden en señalar el nacimiento de las relaciones internacionales o de la constitución de una sociedad internacional con la Paz de Westfalia en 1648, en tanto espacio de negociación política entre potencias y otras unidades con cierto grado de autonomía de Europa, donde se instala el concepto de Estado nacional”. FERNÁNDEZ LUZURIAGA y OLMEDO GONZÁLEZ, 2018, p. 60.

<sup>1027</sup> “Queda en poder de todos los Estados tomar las medidas sobre admisión de extranjeros que crean convenientes, exceptuándose aquellos que son empujados a las costas por necesidad o cualquier otra causa que merezca piedad o compasión” (traducción propia). PUFENDORF, 1729, Libro III, capítulo III, párrafo. ix.

tengan un derecho indefinido e ilimitado de viajar y vivir entre nosotros, sin reflexionar ni en su número ni en el diseño de su llegada (...)”<sup>1028</sup>. Sin embargo, la crítica a Vitoria tiene escasos fundamentos si se considera que, ni aún bajo el amplio esquema de movilidad internacional propuesto por éste, la libre circulación fue considerada absoluta, indefinida o ilimitada.

De esta manera, se invierten los términos en que el debate se había planteado hasta ese momento: la soberanía se convirtió en el principio, y la hospitalidad en la excepción, dando prioridad a la primera por sobre la segunda<sup>1029</sup>. Dicho “cambio de paradigma”, desde la hospitalidad a la discrecionalidad estatal fue respaldado y consolidado por Christian von Wolff, quien “demostró ser más radical que Pufendorf al reivindicar la autoridad del Estado en materia de admisión de extranjeros”<sup>1030</sup>. En su obra de 1749, *“Ius Gentium Methodo Scientifica Pertractarum”*, Wolff planteó que “ninguna nación ni ningún particular que sea extranjero puede reclamar derecho alguno en el territorio de otro”<sup>1031</sup>. En materia de admisión de extranjeros, esta máxima se tradujo en que corresponde exclusivamente a los Estados decidir sobre la entrada a su territorio, y las condiciones para ello, incluyendo su número, su diferencia en religión y moralidad, sus condenas penales o cualquier otra razón justificada por el interés público<sup>1032</sup>.

Bajo este esquema, ni siquiera la libertad de emigrar podía entenderse como un derecho natural y común a todos los individuos de la especie humana: “En un estado de naturaleza no hay derecho a emigrar”<sup>1033</sup>. El ingreso al territorio de un país extranjero debía entenderse más bien como una “gracia” concedida por cada Estado, en consideración a su propio interés: a una “razón de Estado”, según el pensamiento de Pufendorf. En el pensamiento de Wolff, aquello era más bien consecuencia de una concepción “patrimonial” del Estado, para la cual, el vínculo existente entre

---

<sup>1028</sup> “Parece muy grosero y absurdo conceder a otros un derecho indefinido o ilimitado de viajar y vivir entre nosotros, sin reflexionar ni sobre su número, ni sobre el designio de su venida; si, suponiendo que pasan inofensivamente, solo tienen la intención de tomar una breve vista de nuestro país, o si reclaman el derecho de establecerse para siempre con nosotros. Y aquel que extienda el deber de la hospitalidad hasta este punto extravagante, debe ser rechazado como el juez del caso más irrazonable e impropio” (traducción propia). PUFENDORF, 1729, Libro III, capítulo III, párrafo. ix.

<sup>1029</sup> CHETAİL, 2016, p. 911.

<sup>1030</sup> CHETAİL, 2016, p. 912.

<sup>1031</sup> “Ninguna nación ni persona particular que sea extranjera puede reclamar para sí derecho alguno en el territorio de otra (nación)” (traducción propia). WOLFF, 1934, volumen 2, capítulo III, párrafo 295.

<sup>1032</sup> “Una nación tiene el mismo poder de propiedad que una persona privada. Por tanto, así como el dueño de una propiedad privada puede prohibir que cualquier otra persona entre en ella, cosa que nadie niega, así también el gobernante de un territorio puede prohibir que cualquier extranjero entre en ella” (traducción propia). WOLFF, 1934, volumen 2, capítulo III, párrafo 295.

<sup>1033</sup> “En un estado de naturaleza no hay un derecho a emigrar”. En consecuencia, la emigración no es más que el “permiso para ir a un exilio voluntario” (traducción propia). WOLFF, 1934, volumen 2, capítulo I, párrafos 153-154.

el Estado y su territorio era equiparable al existente entre el propietario y el bien de su dominio<sup>1034</sup>. La obra de ambos pensadores, relevantes en la génesis del derecho internacional moderno, contribuyó en buena medida a instalar como un principio general de éste la discrecionalidad estatal en materia de admisión, teniendo los extranjeros derecho a reclamar ser admitidos en el territorio de un Estado, más no el derecho a que dicha admisión les sea concedida.

## 2. El argumento cultural o identitario

Con relación a los argumentos que contemporáneamente se han planteado para justificar un régimen de fronteras cerradas o de políticas restrictivas frente a la inmigración, en primer lugar, destaca aquel que coloca el foco en el impacto que la llegada de extranjeros tiene en la cultura distintiva e identidad nacional de la sociedad receptora. Muchos Estados-Nación se sienten amenazados “desde arriba por la globalización y desde abajo por el multiculturalismo”<sup>1035</sup>. Esta amenaza se ha traducido en el desarrollo de las llamadas tesis “nacionalistas culturales”<sup>1036</sup> o “nacionalistas liberales”<sup>1037</sup>, las cuales afirman que la inmigración desregulada o una política migratoria abierta debilita los lazos de identidad nacional de la sociedad de acogida, al permitir introducir en dicha sociedad a personas que no comparten ni se identifican con la cultura nacional distintiva.

La tesis central de quienes han desarrollado estas ideas plantea que todos los Estados tienen justificación suficiente para excluir o restringir la inmigración en la medida que esto es absolutamente necesario para la preservación de su identidad cultural distintiva y la cohesión social que esta involucra. En efecto, se ha planteado que uno de los principales papeles que juegan las fronteras internacionales en los Estados contemporáneos es el de definir y proteger identidades y culturas nacionales, cuestión que no necesariamente entraría en contradicción con los valores liberales igualitaristas que les inspiran<sup>1038</sup>. En esta línea, Michael Walzer sostiene que “la peculiaridad de las culturas y los grupos depende de un ámbito cerrado, y sin él la peculiaridad no puede ser concebida como un rasgo estable de la vida humana”<sup>1039</sup>.

---

<sup>1034</sup> WOLFF, 1934, volumen 2, capítulo III, párrafo 295.

<sup>1035</sup> WITHOL DE WENDEN, 2013, p. 74.

<sup>1036</sup> SONG, 2019, p. 2.

<sup>1037</sup> WELLMAN, 2011, p. 48-49.

<sup>1038</sup> KYMLICKA, 2006, p. 65, p. 76.

<sup>1039</sup> WALZER, 2001, p. 51.

Entre quienes han desarrollado estas ideas, probablemente David Miller, politólogo inglés, sea uno de los más destacados. Miller, autor de una de las más influyentes teorías de la nacionalidad, sostiene que el funcionamiento estable de cualquier régimen democrático liberal se favorece cuando entre los individuos que forman parte de su sociedad existe suficiente confianza y sentimiento de compañerismo mutuo, cuestión que se dificulta cuando se integran en ella personas con las que no se comparte el mismo idioma, la misma historia, las mismas costumbres, la misma religión o la misma cultura<sup>1040</sup>. Los lazos de confianza e identificación mutua que generalmente están presentes en aquellas sociedades donde existe suficiente homogeneidad cultural, son fundamentales para sostener un Estado que ofrezca prestaciones robustas y equitativas a su población<sup>1041</sup>. Sin estos lazos no existiría disposición para que quienes forman parte de una sociedad estén dispuestos a hacer los sacrificios necesarios para financiar los programas sociales o prestaciones estatales que aseguren un piso de derechos básicos para todos<sup>1042</sup>.

Según Miller, las naciones se sostienen por “sentimientos naturales compartidos” que se asientan en una “cultura pública común”<sup>1043</sup>. Aun cuando dos personas que forman parte de una misma Nación jamás se hallan conocido, el que compartan una cultura e identidad común les une en el espacio y en el tiempo, a través de una cohesión que para las comunidades nacionales es deseable conservar. En este sentido, favorecer la inmigración a través de una política de fronteras abiertas debilitaría la cohesión social al interior de una Nación, salvo que los inmigrantes se integren a la identidad nacional común, a la que puedan aportar sus propios ingredientes distintivos.

La conservación de la cohesión social al interior de una comunidad nacional no solo es importante en términos instrumentales (como acabamos de señalar, la cohesión social sería un instrumento para sostener en el tiempo las ayudas estatales). Para Miller, tiene también una importancia en sí misma. Muchas personas aprecian la cultura nacional distintiva de sus antepasados, y están interesados en mantenerse fieles a ellas y que trascienda en el tiempo de manera tal que constituya una herencia para las futuras generaciones. "La gente se identifica en su mayoría políticamente con comunidades nacionales que se extienden hacia atrás y hacia adelante

---

<sup>1040</sup> MILLER, 2016b, pp. 67-68.

<sup>1041</sup> WELLMAN, 2011, pp. 48-49.

<sup>1042</sup> HOSEIN, 2019, p. 40.

<sup>1043</sup> Miller emplea la expresión “cultura pública” para distinguirla de aquello que llama “cultura privada”. La “cultura privada” de un individuo es su conjunto de creencias sobre lo que importa en su propia vida, ya sean sus proyectos artísticos, cómo esperan vestirse o sus metas piloto. Una “cultura pública” es un conjunto de suposiciones compartidas sobre cómo deben organizarse los espacios comunes de una sociedad: cómo deben ser las estructuras políticas y económicas formales, y qué normas sociales de conducta deben obedecer las personas. MILLER 2016b, 6-7; p. 58.

a lo largo de las generaciones, y esta membresía se considera para toda la vida: comienza en el momento del nacimiento y termina solo con la muerte"<sup>1044</sup>. En el planteamiento de Miller, una política de fronteras abiertas a la inmigración dificultaría el propósito de conservación de la cultura e identidad nacional distintiva.

Además del planteamiento de Miller para justificar las restricciones a la inmigración, existe un segundo orden de tesis nacionalistas-culturales (a las que podríamos incorporar la denominación de “conservadoras”) que, más bien, han colocado el foco en la necesidad de combatir las consecuencias inquietantes (podríamos decir incluso, alarmistas) de los cambios o alteraciones sufridas por la cultura nacional dominante de algunas sociedades receptoras de flujos migratorios. Se trata de las tesis desarrolladas por dos influyentes politólogos: Samuel Huntington en el ámbito estadounidense, y Giovanni Sartori en el ámbito europeo<sup>1045</sup>.

En lo que a Huntington respecta, el desarrollo de su planteamiento en esta materia aboga por una reacción de la cultura anglo protestante a la “invasión hispana” de los Estados Unidos producida por el alto flujo de migrantes mexicanos y centroamericanos que de manera regular o irregular se instalan en dicho país<sup>1046</sup>. El planteamiento de Sartori, en cambio, se centra en ofrecer un sustento filosófico a las restricciones de la migración árabe a Europa por la supuesta incompatibilidad de la cultura islámica fundamentalista con los valores y principios de la sociedad democrática occidental<sup>1047</sup>. Ambas tesis no dejan de ser problemáticas, puesto que parecen estar en el límite entre la reflexión intelectual filosófica y el desarrollo de argumentos que bien podrían considerarse perniciosos, cuando no abiertamente xenófobos.

Sus planteamientos visualizan la inmigración como una amenaza para la cultura e identidad nacional distintiva, e incluso para la estabilidad política de las sociedades de acogida<sup>1048</sup>. Existiría, al menos en los flujos migratorios objeto de interés de Huntington y Sartori, problemas de integración potenciados por la facilidad con que les resulta posible mantener vínculos afectivos con su cultura de origen (proliferación de canales de televisión en su propio idioma, abaratamiento

---

<sup>1044</sup> MILLER, 2016b, pp. 6-7.

<sup>1045</sup> Podríamos también incluir aquí las ideas desarrolladas por David Jacobson, político y diplomático estadounidense, en su obra de 1997 “*Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship*”. Jacobson plantea que una absorción demasiado rápida y cuantiosa de extranjeros por parte de una determinada comunidad política puede llegar a cambiar la naturaleza de ésta, abrumándola y diluyendo su identidad cultural propia. A partir de aquí es que propone a los Estados una serie de estrategias para desincentivar la inmigración: dificultad la admisión o el acceso a la ciudadanía, disminuir derechos y beneficios sociales, por ejemplo. JACOBSON, 1997.

<sup>1046</sup> HUNTINGTON, 2004, pp. 259 y siguientes.

<sup>1047</sup> SARTORI, 2001. VELASCO, 2016, p. 220.

<sup>1048</sup> VELASCO, 2016, p. 79.

de tarifas aéreas, desarrollo de las comunicaciones, etc.). Estos factores, a su vez, distanciarían a los nuevos residentes de los valores propios del país que les acoge.

Las ideas de Huntington sobre el impacto negativo de la inmigración en lo que a la cultura distintiva de un Estado respecta, se enmarcan en su tesis sobre el “choque de civilizaciones”. Dicho autor sostuvo en su ensayo de 1993 “¿El choque de civilizaciones?” que, tras la caída del muro de Berlín, las causas de la conflictividad internacional no serían ideológicas ni económicas, sino que culturales. En consecuencia, “los conflictos más importantes de la política global tendrán lugar entre naciones y grupos de civilizaciones distintas”<sup>1049</sup>. Por civilizaciones, Huntington entiende entidades culturales que vienen determinadas por elementos compartidos por todos sus miembros como el lenguaje, la historia, la religión, las costumbres, y las instituciones, como por la identificación subjetiva de sus integrantes<sup>1050</sup>. Entre estas civilizaciones, el politólogo norteamericano identifica la occidental, la confuciana, la japonesa, la islámica, la hindú, la eslavo-ortodoxa, la latinoamericana y la africana, produciéndose entre ellas los conflictos más importantes de la pos-guerra fría.

Ambos autores podrían ser considerados “anti-multiculturalistas”<sup>1051</sup>. Huntington mira con recelo el que intelectuales y políticos empezaran a defender la ideología del ‘multiculturalismo’ y a insistir en llevar a cabo una reescritura de la historia política y social de los Estados Unidos desde el punto de vista de colectivos no europeos<sup>1052</sup>. En este contexto es que Huntington advierte: “el incremento de la inmigración de procedencia no occidental es motivo de creciente preocupación en Europa y Norteamérica (...)”<sup>1053</sup>. “Estados Unidos está cobrando una diversidad étnica y racial cada vez mayor”<sup>1054</sup>, lo que amenazaría la cultura anglo protestante que ha predominado desde la formación de los Estados Unidos de América. Huntington teme que cuando la población hispana o “no blanca” (*sic*) alcance el 50% de la población, Estados Unidos se convierta “en un país

---

<sup>1049</sup> HUNTINGTON, 2020, p. 54.

<sup>1050</sup> HUNTINGTON, 2020, p. 56-57.

<sup>1051</sup> VELASCO, 2016, p. 201.

<sup>1052</sup> HUNTINGTON, 2020, p. 121. “Llevado al extremo, este movimiento conduce a elevar a los líderes de oscura legitimidad de grupos minoritarios a la misma importancia que los Padres Fundadores. Tanto las reivindicaciones de derechos especiales para ciertos grupos como las del multiculturalismo favorecen un choque de civilizaciones dentro del país y fomentan lo que Arthur M. Schlesinger Jr. Denomina ‘la desunión de Estados Unidos’”.

<sup>1053</sup> HUNTINGTON, 2020, p. 119.

<sup>1054</sup> HUNTINGTON, 2020, p. 122.

verdaderamente multicultural, dividido por un choque interno de civilizaciones”<sup>1055</sup>. “¿Podrá sobrevivir como democracia liberal?”, se pregunta (aunque parece tener una respuesta)<sup>1056</sup>.

En lo que respecta a Sartori, su recelo hacia las políticas migratorias permisivas o flexibles radica también en razones de carácter cultural, en el contexto de lo que llama una “creciente presión del mundo afro árabe sobre Europa”. Los flujos migratorios provenientes de estas regiones, a juicio de Sartori, son “inintegrables” producto de la intensidad de las diferencias culturales existentes con estos. No solo son flujos diversos lingüísticamente o en lo que a costumbres respecta, sino que también religiosa y étnicamente. Particularmente las últimas dos, constituyen una diversidad que produce “extrañezas” radicales, a diferencia de las dos primeras que son superables si existe voluntad del migrante para ello<sup>1057</sup>. Estas migraciones, cada vez más masivas a juicio del politólogo italiano, pueden considerarse “contra nacionalidades”, en la medida que niegan la identidad nacional distintiva de la mayoría de los países europeos<sup>1058</sup>.

El énfasis lo coloca sobre todo en lo que respecta a los migrantes que profesan el islam, cuya visión del mundo es teocrática, resultando incompatible con los principios básicos que inspiran a las democracias liberales europeas. Respecto a estos últimos, Sartori señala: “Los extranjeros que no están dispuestos a conceder nada a cambio de lo que obtienen, que se proponen permanecer como ‘extraños’ a la comunidad en la que entran hasta el punto de negar, al menos en parte, sus principios mismos, son extranjeros que inevitablemente suscitan reacciones de rechazo, de miedo y de hostilidad”<sup>1059</sup>. “Una política de inmigración que no distingue el trigo de la paja, que no sabe o no quiere distinguir entre las distintas ‘extrañezas’ es una política equivocada destinada al fracaso”<sup>1060</sup>, lo contrario no llevaría a la integración deseada, sino que más bien a la desintegración social, plantea<sup>1061</sup>.

---

<sup>1055</sup> HUNTINGTON, 2020, p. 122.

<sup>1056</sup> HUNTINGTON, 2020, p. 122.

<sup>1057</sup> SARTORI, 2001, p. 108.

<sup>1058</sup> SARTORI, 2001, p. 51.

<sup>1059</sup> SARTORI, 2001, pp. 54-55.

<sup>1060</sup> SARTORI, 2001, p. 108.

<sup>1061</sup> SARTORI, 2001, p. 114. A juicio de Sartori, el multiculturalismo fomenta una hostilidad entre culturas y reivindica la secesión cultural, al potenciar y/o fomentar la admisión y el reconocimiento de derechos a migrantes extremadamente diversos, con pocas posibilidades de adaptación a la cultura distintiva de la mayoría de las democracias liberales europeas. “Son los multiculturalistas los que fabrican (hacen visibles y relevantes) las culturas que después gestionan con fines de separación o de rebelión”. SARTORI, 2001, p. 88.



### **3. El argumento de la autodeterminación: libertad de asociación, obligaciones forzosas y régimen democrático**

Un segundo argumento invocado, con mucha mayor frecuencia y alcance, a la hora de justificar políticas de control migratorio restrictivas, se relaciona con cuestiones de orden político que involucran dos conceptos clave: autodeterminación política y libertad de asociación. Desde posturas más bien comunitaristas o nacionalistas liberales se sostiene que toda comunidad política tiene derecho a decidir acerca de su propio desarrollo y la dirección futura de su propia sociedad, optando por asociarse o no con quienes estime pertinente atendiendo a los propios intereses. Este derecho incluye la posibilidad de elegir acerca de las medidas que considere más idóneas para manejar, por ejemplo, el régimen político, la economía del país, su mercado laboral, las finanzas públicas, la cohesión social o la cultura predominante al interior de su sociedad. La decisión acerca del control de la inmigración forma también parte de la esfera de autodeterminación estatal, en la medida que los flujos migratorios pueden impactar en cualquiera de dichos aspectos de la realidad política, social o económica de un país.

Aunque, en estricto rigor, los argumentos fundados en la consideración a estos conceptos resultan aplicables tanto para abrir las fronteras a la migración como para cerrarlas<sup>1062</sup>, casi siempre suelen incorporarse en el listado de aquellos que buscan justificar regímenes más estrictos en relación a la llegada de inmigrantes al territorio de un Estado. Aquello, debido a que la práctica generalizada de los Estados ha sido la de plantear que éstos tienen la última palabra a la hora de decidir acerca del diseño y la puesta en práctica de sus políticas migratorias, resistiéndose a ceder cualquier margen de decisión acerca de la admisión de nuevos migrantes a su territorio.

El núcleo central de esta línea argumentativa radica en que cualquier comunidad política tiene derecho a auto determinarse, es decir, a mantener el control sobre todo aquello que impacte en su desarrollo presente y futuro. Esto, por supuesto, incluye la toma de decisiones acerca de si admitir o no a migrantes interesados en cruzar las fronteras estatales. El derecho a la autodeterminación supone que cada comunidad política tenga la posibilidad de decidir sobre una amplia gama de opciones, dentro de las cuales se encuentra la adopción de sus propias políticas de control

---

<sup>1062</sup> David Miller, por ejemplo, plantea que el argumento de la autodeterminación no supone necesariamente que una comunidad política deba cerrar sus fronteras, sino que debe tener el derecho de controlarlas a fin de preservar una gama significativa de opciones sobre la materia, sin menoscabar los derechos humanos de quienes admite o excluye. MILLER, 2016b, p. 62.

migratorio, aun cuando estas tuvieren carácter restrictivo o se dirigieran a limitar el ingreso y la permanencia de extranjeros en su territorio.

Según Michael Walzer, en su obra publicada originalmente en 1983 “*Spheres of Justice*”, “los miembros de una comunidad política tienen el derecho colectivo a imprimir una forma a la población residente en ella”<sup>1063</sup>. Este derecho colectivo involucra también la posibilidad de decidir acerca de la admisión y exclusión de potenciales migrantes que desean ingresar a su territorio, las cuales “(...) se hayan en el núcleo de la independencia de la comunidad. Sugieren el significado más profundo de la autodeterminación. Sin ellas, no podría haber comunidades de carácter, históricamente estables, asociaciones permanentes de hombres y mujeres con un compromiso especial entre sí y un sentido especial de su vida común”<sup>1064</sup>. Dicho de otro modo, siguiendo esta vez a David Miller: “las personas quieren sentir que tienen el control de la forma futura de su sociedad”<sup>1065</sup>. El volumen y los rasgos de los flujos migratorios que se dirigen a un determinado país impacta en el desarrollo de los objetivos que una sociedad puede trazarse en términos económicos, deportivos, culturales, y hasta ambientales<sup>1066</sup>. Por lo tanto, la autodeterminación se extendería también a la decisión acerca de la cantidad de personas migrantes a admitir, los criterios de selección a aplicar, o las restricciones a la permanencia y obtención de la nacionalidad.

### **3.1 Autodeterminación y libertad de asociación**

Una de las versiones más conocidas del argumento de la autodeterminación es la desarrollada por Christopher Heath Wellman, filósofo político norteamericano y profesor de la *Washington University* en *St. Louis*. Wellman toma como punto de partida el planteamiento acerca de la autodeterminación política de toda comunidad, para concluir que la justificación de políticas migratorias restrictivas o excluyentes puede hallarse en el ejercicio de la libertad de asociación, que es un componente integral del derecho a la autodeterminación. Según Wellman, “los Estados políticos legítimos tienen el derecho moral de diseñar y aplicar unilateralmente sus propias políticas migratorias, incluso si estas políticas excluyen a los potenciales inmigrantes que deseen ingresar

---

<sup>1063</sup> WALZER, 2001, p. 63.

<sup>1064</sup> WALZER, 2001, p. 73. Para Walzer, este es un derecho sujeto siempre al doble control derivado del significado de la pertenencia para los miembros activos, y al principio de asistencia mutua. “En realidad permitir el ingreso de refugiados en grandes cantidades a menudo es moralmente necesario; pero el derecho de limitar el flujo sigue siendo un rasgo de autodeterminación comunal. El principio de ayuda mutua solo puede modificar y no transformar las políticas de admisión basadas en la comprensión de sí misma de una comunidad particular”. WALZER, 2001, p. 51.

<sup>1065</sup> MILLER, 2016b, p. 13.

<sup>1066</sup> MILLER, 2016b, p. 154.

desesperadamente”<sup>1067</sup>. En ejercicio de este “derecho a excluir”, los Estados podrían optar por no asociarse con los potenciales migrantes cuando lo consideren conveniente, diseñando e implementando políticas migratorias restrictivas y dirigidas a contener los flujos de migrantes interesados en ingresar e instalarse en ellos.

Con el recurso a la libertad de asociación, Wellman aplica a la realidad estatal frente a la inmigración la misma lógica que subyace a la actividad de los particulares en la vida social. Tal como los individuos tienen derecho a determinar con quién asociarse (en caso que deseen asociarse con alguien), una comunidad política tendría también el derecho a determinar si es que le gustaría o no asociarse con potenciales nuevos miembros, a los que se les reconocerían los mismos derechos con que cuentan sus demás integrantes<sup>1068</sup>. Admitir nuevos inmigrantes sería equivalente a admitir nuevos socios en un club, o en cualquier otra asociación. Para Wellman, tanto el club que admite un nuevo socio, como el Estado que admite un nuevo inmigrante se obliga a (tarde o temprano) reconocerle a estos determinados derechos: derecho a compartir el mismo espacio, derecho a gozar de ciertas prestaciones, derecho a participar de la elección de los líderes o dirigentes, derecho a influir en el destino de la organización.

Si no dudamos a la hora de reconocer a los clubes y demás asociaciones privadas el derecho a determinar libremente con quién deciden unirse, tampoco debiésemos dudar a la hora de reconocer a los Estados el derecho a ejercer esta libertad, que generalmente protegen y garantizan en el orden interno. Para Wellman, tal y como no podemos exigir a una asociación admitir a un nuevo socio, o a una persona a casarse con alguien, tampoco podemos exigir a una comunidad política admitir a nuevos inmigrantes. Lo contrario constituiría una coacción que atenta contra el legítimo derecho de asociación de un Estado, que a su vez es una derivación de su autodeterminación política. Aunque las diferencias entre matrimonios, asociaciones privadas, clubes y Estados es notoria, Wellman considera que se trata solo de una cuestión de grado, y en todos estos casos una afectación de la libertad de asociación sería injustificada.

### **3.2 Autodeterminación y obligaciones forzosas**

Una segunda versión del argumento de la autodeterminación ha sido desarrollada asumiendo que un régimen de inmigración libre o abierto supondría imponer a los Estados obligaciones que no han sido asumidas de manera libre y voluntaria. Se trataría, más bien, de “obligaciones

---

<sup>1067</sup> WELLMAN, 2011, p. 13.

<sup>1068</sup> WELLMAN, 2011, p. 13.

forzosa”, cuestión incompatible con la idea misma de autodeterminación de una comunidad política. En esta línea se ubica el planteamiento de Michael Blake, quien parte de la base que la sola presencia de un migrante dentro de la jurisdicción de una comunidad política trae consigo un conjunto de obligaciones para el Estado en cuestión. En efecto, según Blake, el solo ingreso y la permanencia de un extranjero al territorio de un Estado lo vincula en la defensa de sus derechos, lo que involucra una serie de compromisos inexistentes antes del ingreso de estas personas al país: obligaciones como mantener policías encargadas de la seguridad de estos nuevos huéspedes, mantener tribunales encargados de garantizar sus derechos frente a agresiones o a litigios civiles, mantener otras instituciones encargadas de la protección de cada uno de los derechos humanos básicos de los migrantes.

Estas obligaciones estatales no surgen del reconocimiento de un estatus especial a dichas personas extranjeras, sino que de su sola presencia en el territorio estatal, del solo hecho de encontrarse bajo la jurisdicción del Estado en cuestión<sup>1069</sup>. En la medida que resulta incompatible con la autodeterminación estatal la existencia de obligaciones forzosas o impuestas como estas respecto de personas cuya presencia en el país no ha sido consentida, habría que considerar como un atributo propio de la autodeterminación el derecho a excluir a potenciales inmigrantes si es que la comunidad política prefiere evitar asumir dichas obligaciones.

Michael Blake sugiere que tal y como en contextos privados la mayoría de las personas estaría en desacuerdo con la existencia de obligaciones forzosas o impuestas, el mismo razonamiento habría de replicarse cuando pensamos en obligaciones forzosas para los Estados con potenciales migrantes, sobre todo si estas personas no están sufriendo una situación de privación de sus derechos básicos o corriendo un grave peligro en relación a su vida, seguridad o libertad. En circunstancias excepcionales, como las que viven los solicitantes de asilo, Blake estaría de acuerdo en plantear que la necesidad urgente de proteger la vida e integridad de quienes se ven forzados a abandonar el país de su nacionalidad puede justificar obligaciones forzosas para los Estados. En todo el resto de los casos, en cambio, no habría justificación para asumir obligaciones sin que esto fuera producto de una decisión libre y voluntaria de la comunidad política, en ejercicio de su autodeterminación<sup>1070</sup>.

---

<sup>1069</sup> BLAKE, 2013, p. 116.

<sup>1070</sup> BLAKE, 2013, p. 116.

### 3.3 Autodeterminación y régimen democrático

El planteamiento de la autodeterminación ha sido también objeto de un tercer desarrollo, que lo conecta con la vigencia del régimen democrático al interior de todo Estado. La toma de decisiones democráticas al interior de una comunidad política, incluyendo aquellas decisiones relativas al manejo estatal de la inmigración, debe ser producto de procesos políticos libres de intromisiones o injerencias que contaminen su legitimidad. Esto involucra, según autores como Frederick G. Whelan, el que las comunidades políticas se formen dividiendo a los individuos de la especie humana en pueblos diferenciados unos de otros:

“La democracia requiere que las personas sean divididas en pueblos (cada pueblo, con suerte, disfrutando de sus propias instituciones democráticas), y que cada unidad distinga entre sus propios ciudadanos, entendidos en un sentido político como aquellos elegibles para ejercer los derechos políticos democráticos *aquí*, y otros, a quienes se considera como extranjeros *aquí*, aunque ciudadanos (con suerte) en algún otro lugar”<sup>1071</sup>.

Para Whelan, el funcionamiento de un régimen democrático supone necesariamente que las mismas personas sujetas a las normas emanadas de dicho régimen sean quienes gobiernen, directa o indirectamente. Pero ¿cómo sería eso posible si los sujetos a las normas fueran un colectivo cuyos miembros fluctuaran constantemente? La democracia no sería posible, porque quienes votan no coincidirían con quienes están sujetos a los resultados de la elección y al ejercicio del poder<sup>1072</sup>.

En la misma línea de este argumento democrático a favor de las restricciones a la inmigración, se ha planteado que la apertura de las fronteras puede terminar socavando el normal funcionamiento del régimen democrático. Para los adherentes a esta tesis, cabe la posibilidad de que la apertura y la inclusión no sean compatibles con preservar las bases esenciales de una democracia liberal, y en consecuencia, puedan poner en peligro la capacidad de absorción de las democracias liberales, y por lo tanto, dañar las instituciones democráticas.

El planteamiento es como sigue. Es muy probable que los intereses de quienes cruzan las fronteras del país para asentarse en él (intereses influenciados por los vínculos que conservan con su comunidad de origen) sean incompatibles con los intereses del Estado receptor de la migración. Puede que en las comunidades de origen de estos potenciales nuevos residentes no exista un

---

<sup>1071</sup> WHELAN, 1988, p. 28.

<sup>1072</sup> WHELAN, 1988, p. 28.

compromiso fuerte con el régimen democrático, y en consecuencia, abrirles las fronteras podría significar una amenaza a la democracia. Además, permitir la construcción de una sociedad multicultural puede plantear graves problemas para la convivencia cívica que exige el diálogo democrático (pensemos en individuos con diversos idiomas, costumbres o religiones discutiendo y deliberando sobre cuál es el interés común de la comunidad). Bajo estas premisas, los adherentes a la “objeción democrática” no creen que un sistema democrático pueda preservarse tal como lo conocemos. La idea que subyace tras esta propuesta es que cualquier democracia liberal tiene una determinada capacidad de absorción de la migración, que si se ve excedida importa una amenaza al normal funcionamiento de las instituciones democráticas<sup>1073</sup>.

En consecuencia, la exclusión constituiría un presupuesto básico para la existencia misma de un régimen democrático, y jurídicamente dicha exclusión se implementa a través de la adopción de políticas migratorias restrictivas (cuando no, a través de la adopción de un régimen de fronteras generalmente cerradas). De otro modo es impracticable en sus propios términos, o dicho de otra manera, se constituiría en una forma de gobierno distinta, al no existir una efectiva identidad entre gobernantes y gobernados. Esto asociaría las tesis restriccionistas en relación al control migratorio con la vigencia de un régimen democrático. Sin embargo, y como ya hemos mencionado, el argumento democrático ha sido tradicionalmente utilizado en esta materia, tanto para justificar una apertura de fronteras en materia de inmigración como también justificar la adopción de políticas restrictivas.

#### **4. El argumento fiscal o económico**

La tercera clase de argumentos generalmente empleados para justificar políticas migratorias restrictivas se relaciona con la necesidad de evitar los riesgos que pudieran amenazar al bienestar económico de la sociedad de acogida. Desde este punto de vista, se considera que la inmigración puede llegar a impactar negativamente en los intereses económicos de los nacionales, cuyo bienestar tendría que priorizar el Estado antes que el bienestar de los potenciales nuevos huéspedes de la sociedad de destino. Dicho impacto negativo se relacionaría principalmente con dos asuntos: el peso de la inmigración sobre las finanzas públicas (la única manera dar sostenibilidad a prestaciones sociales robustas es restringiendo la admisión de migrantes) y el valor de los salarios

---

<sup>1073</sup> HAMMAR, 1990; BAUBÖCK, 1994.

en el mercado laboral (el equilibrio del mercado laboral solo es posible manteniendo un determinado número de trabajadores).

En relación con el primer asunto, se plantea que la inmigración constituye una carga fiscal significativa, puesto que abrir las fronteras a nuevos migrantes significa, para los Estados, proporcionar una serie de servicios tales como seguridad, previsión social, educación, salud o vivienda, en orden a satisfacer necesidades básicas de las personas migrantes. Esto supone desembolsar grandes cantidades de dinero público que, bajo esta lógica, bien podría destinarse a la satisfacción de necesidades básicas de la población local. De esta manera, existiría una especie de aprovechamiento de las arcas fiscales del país de acogida por parte de la población migrante, que a la larga dificulta o impide que el Estado pueda proporcionar dichos bienes públicos a sus propios ciudadanos con la misma cantidad o calidad que podría existir de no mediar dicha carga fiscal provocada por la inmigración.

Este fue precisamente el argumento invocado repetidamente por los adherentes al llamado “Brexit”, es decir, la salida del Reino Unido de la Unión Europea que finalmente se materializó el día 31 de enero de 2020. Políticos británicos, como Michael Gove, por ejemplo, argumentaron en su oportunidad que la inmigración ilimitada de ciudadanos de la Unión Europea al Reino Unido produciría la insostenibilidad financiera del *National Health Service* (NHS) para el año 2030<sup>1074</sup>. En Chile, a su vez, durante el periodo anterior al “estallido social” de octubre de 2019 y a la pandemia del COVID-19, se enfatizó bastante en que el gasto fiscal que involucra financiar la institucionalidad migratoria, el acceso a educación y salud de las familias migrantes, y en los programas sociales dirigidos a dicho segmento de la población, rondaba la “escandalosa” suma de US\$360 millones<sup>1075</sup>. Y es que, pese a aclararse que dicho monto es inferior al aporte fiscal de las personas migrantes por concepto de tributos, los medios de comunicación contribuyeron a

---

<sup>1074</sup> El entonces secretario de Justicia del gobierno británico Michael Gove planteaba que la posible incorporación de Turquía y otros Estados como Albania, Montenegro, Macedonia y Serbia a la Unión Europea provocaría una inmigración de más de 5 millones de personas al Reino Unido al año 2030. En consecuencia, permanecer en la Unión Europea significaría que el Sistema Nacional de Salud, que a la fecha acumulaba un déficit de 2.450 libras esterlinas, enfrentaría presiones adicionales. (“Gove: EU immigrant influx will make NHS unsustainable by 2030”, *The Guardian*, 20 de mayo de 2016).

<sup>1075</sup> En julio de 2019, el Ministerio de Hacienda y la Dirección de Presupuestos informaron que de acuerdo a estimaciones del Departamento de Extranjería y Migración junto al Ministerio del Interior chileno, el gasto asociado a inmigrantes residentes en Chile ascendía a US\$360 millones considerando cuatro ámbitos: institucionalidad, salud, educación y programas sociales (“Gasto fiscal asociado a inmigrantes a US\$360 millones”, *La Tercera*, 09 de julio de 2019).

desarrollar una retórica que colocaba el acento en la carga fiscal de la inmigración y no en su aporte a las finanzas públicas<sup>1076</sup>.

En relación con el segundo aspecto, a su vez, suele plantearse que la inmigración puede generar un exceso de mano de obra dentro del mercado laboral, causando desempleo en los nacionales y contribuyendo a la reducción de los salarios. Desde este punto de vista, se sostiene que las políticas migratorias flexibles o abiertas acaban por perjudicar a los trabajadores nacionales menos calificados y con remuneraciones más bajas, que serán desplazados por esta nueva mano de obra dispuesta a trabajar para empresas que les pagarán salarios aún más bajos. En Chile, por ejemplo, se ha planteado que la flexibilidad de la política migratoria que facilitó el crecimiento sostenido de la inmigración habría impactado negativamente en el alza salarial, postergándola al menos en una década<sup>1077</sup>. La inmigración habría sido, por tanto, uno de los principales factores para explicar la reducción de ingresos de los sectores más vulnerables de la sociedad chilena, y también para el estancamiento de la caída de la pobreza y la desigualdad<sup>1078</sup>.

Tanto en materia de carga fiscal como de impacto en el mercado laboral, quienes han adoptado este argumento para justificar restricciones a la inmigración, han planteado que los costos de la admisión de personas migrantes serían soportados en última instancia por la población más desfavorecida de la sociedad de acogida. Son ellos quienes, finalmente, dependen de las prestaciones sociales y de los servicios que el Estado provee para la satisfacción de sus necesidades básicas. En la medida que la justicia social exige a los Estados atender especialmente las necesidades de sus ciudadanos económicamente más vulnerables, la adopción de políticas

---

<sup>1076</sup> En términos de impactos fiscales, los inmigrantes de primera generación son más costosos para los gobiernos, principalmente a nivel estatal y local, que los nativos, en gran parte debido a los costos de educar a sus hijos. Sin embargo, como adultos, los hijos de inmigrantes (la segunda generación) se encuentran entre los contribuyentes económicos y fiscales más fuertes en la población estadounidense, contribuyendo más en impuestos que sus padres o el resto de la población nativa. NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING AND MEDICINE, 2016.

<sup>1077</sup> “El gran flujo migratorio ya está aquí y hay que absorberlo de la mejor manera posible, tanto en lo humano como en lo económico, pero como muestra la encuesta Casen, ya comienza a caer el ingreso del trabajo de los deciles más bajos. La política migratoria, empujada inicialmente por el empresariado y el “segundo piso” de la Concertación, ya da sus frutos. Por eso, ahora la tarea de combatir la pobreza es muchísimo más completa de lo que ya era”, planteada en agosto de 2018 el académico de la Universidad de Santiago de Chile, Dr. José Gabriel Palma (<https://www.usach.cl/news/sostienen-politica-migratoria-postergara-al-menos-decada-alza-los-salarios>).

<sup>1078</sup> Estas conclusiones son cuestionadas por estudios que, al contrario, sostienen que no existe evidencia de que los sueldos promedio hayan disminuido su crecimiento durante el periodo de llegada acelerada de migrantes al país (desde 2015 a la fecha). Es más, durante dicho periodo, las remuneraciones reales habrían crecido a mayor velocidad que la productividad. Aquello sería evidencia de que la migración no ha perjudicado realmente los salarios de los nacionales en Chile. URRIA YÁÑEZ, 2020.



migratorias restrictivas constituiría un imperativo si se quieren evitar los potenciales impactos perjudiciales de la inmigración en la calidad de vida de este importante grupo de nacionales.

El argumento económico o fiscal que acabamos de revisar se conecta de manera bastante directa con la idea de autodeterminación política, a la que ya hemos hecho referencia algunas páginas antes. Los Estados tienen el legítimo derecho a decidir acerca de su nivel de gasto público, como también acerca de las medidas necesarias para responder a los desafíos que enfrenta el mercado laboral. Dado que la inmigración tendría un impacto significativo en ambas materias, la decisión acerca de las medidas para controlarla sería una consecuencia natural del derecho a la autodeterminación que corresponde a toda comunidad política, tal como ha sido planteado por David Miller y señalamos con anterioridad.

## **5. El argumento de seguridad**

Por último, cabe incluir dentro de los argumentos que suelen invocarse a la hora de justificar la adopción de políticas migratorias restrictivas la necesidad de resguardar la seguridad interior de las sociedades de destino de la inmigración, que podría verse potencialmente amenazada por el ingreso de extranjeros dedicados a la delincuencia común, al crimen organizado o al terrorismo internacional que durante las últimas dos décadas ha causado miles de muertes alrededor del mundo. La seguridad es una de aquellas consideraciones que, en general, es considerada razonable en relación a la exclusión de extranjeros que desean cruzar las fronteras estatales. En efecto, a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, ha sido cada vez más frecuente que algunos gobiernos diseñen e implementen medidas restrictivas a la inmigración por motivos de seguridad interior, lo que ha justificado que se extremen las medidas de control de fronteras y vigilancia cotidiana de extranjeros “sospechosos”<sup>1079</sup>.

Y es que difícilmente se pueden desvirtuar los peligros asociados al terrorismo, la delincuencia y al crimen organizado internacional. El aspecto problemático se relaciona, más bien, con el modo en que los Estados toman dicha consideración “securitista” y la plasman en sus instrumentos de control migratorio. Existen diferencias significativas dependiendo de si lo hacen basándose en un examen individual de los antecedentes criminales de los solicitantes de admisión, o si lo hacen más bien ampliando las prohibiciones de ingreso a categorías de personas, por religión, nacionalidad o etnia, como se hizo años atrás en Estados Unidos con las órdenes ejecutivas del Presidente Donald

---

<sup>1079</sup> WITHOL DE WENDEN, 2013, p. 56.

Trump. Tal como mencionamos en su oportunidad, estas órdenes, destinadas a proteger a la nación de la entrada de “terroristas extranjeros”, vetaron a nacionales de siete países de mayoría musulmana del ingreso al territorio estadounidense, además de frenar temporalmente el programa de refugiados y cancelar indefinidamente el programa de asilo para ciudadanos sirios<sup>1080</sup>.

De allí que la “securitización” de las políticas de control a la inmigración sea hoy uno de los aspectos centrales considerados por la mayoría de los países receptores de flujos migratorios. Este término (“securitización”), de reciente acuñación en el discurso público, ha sido rápidamente adoptado por el vocabulario político y mediático<sup>1081</sup>. Como ya hemos mencionado, la asociación entre inmigración y criminalidad tiene antecedentes que se remontan a la criminología determinista, que ha sugerido la calidad de inmigrante como una variable de riesgo delictivo<sup>1082</sup>. Ello ha sido caldo de cultivo para falsos y peligrosos estereotipos que afirman que los migrantes cometen más delitos que los nativos, y que la inmigración irregular está estrechamente vinculada con la delincuencia y el crimen organizado.

Los cuestionamientos a este argumento han apuntado principalmente a la utilidad de las restricciones generalizadas a la inmigración por razones de seguridad. En esta línea se ubica el planteamiento de Chandran Kukathas, filósofo político malayo-australiano que ha adoptado una postura crítica en esta materia, al plantear que ponderando los beneficios y costos de las restricciones a la inmigración por razones de seguridad, no es posible concluir que dichas restricciones sean efectivas a la hora de cumplir con los propósitos que persiguen<sup>1083</sup>. Por una parte, Kukathas plantea que las restricciones jurídicas a la inmigración no evitan, por lo general, la inmigración irregular. Parece poco probable que un posible terrorista que esté dispuesto a bombardear a los civiles de un país sea al mismo tiempo tan respetuoso con las leyes estatales para abortar su misión terrorista en vez de cruzar la frontera por un paso no habilitado, por ejemplo<sup>1084</sup>.

---

<sup>1080</sup> Orden Ejecutiva del 27 de enero de 2017: “*Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*”. Esta fue detenida por los tribunales federales, y en su reemplazo, se dictó la Orden Ejecutiva del 6 de marzo de 2017: “*Protecting the Nation from Foreign into the United States*”, igualmente detenida por los tribunales federales.

<sup>1081</sup> BAUMAN, 2017, p. 28.

<sup>1082</sup> En nuestro primer capítulo hicimos referencia al enfoque “securitista” de las políticas migratorias, que se aproxima a las personas migrantes como “amenaza a la seguridad”. La criminología determinista centra su atención en las características o cualidades de la persona que delinque. En efecto, la identificación de la extranjería como una variable relacionada directamente con la delincuencia se fundó en algunas investigaciones que sugirieron como variable de riesgo delictivo la calidad de inmigrante. Dichas investigaciones han planteado que el mayor comportamiento delictivo de los inmigrantes está determinado ya sea, por la discriminación institucional de la que son objeto como por factores culturales, de oportunidad y de desorganización social.

<sup>1083</sup> KUKATHAS, 2005, p. 217-219.

<sup>1084</sup> KUKATHAS, 2005, p. 218.

Por otro lado, dicho autor ha planteado que si el objetivo a seguir es proteger la seguridad interior, preocuparse exclusivamente de la movilidad con fines de inmigración es claramente insuficiente, toda vez que a diario cruzan las fronteras estatales miles y miles de personas, con propósitos turísticos, médicos, educativos o de negocios. Un terrorista o criminal internacional bien podría ingresar a cualquier país haciéndose valer de alguno de estos motivos de permanencia transitoria<sup>1085</sup>.

#### **IV. Una aproximación ecléctica y su compatibilidad con un Estado constitucional democrático: la tesis de ‘fronteras porosas’ a la inmigración**

Como es posible advertir hasta aquí, el debate sobre la legitimidad del control a la inmigración y la justificación de las fronteras en el seno de la filosofía moral y política suele desarrollarse en “términos binarios”: o te posicionas en la vereda de quienes abogan por un régimen de fronteras abiertas o en la vereda de quienes abogan por un régimen de fronteras cerradas<sup>1086</sup>. O se considera que las fronteras son injustas e ineficientes, y los controles a la inmigración debiesen suprimirse, o se considera que las fronteras y los controles a la inmigración no solo están plenamente justificados, sino que es deseable y conveniente que los Estados ejerzan intensamente estos controles con el propósito de restringir al máximo el ingreso y la permanencia de nuevos migrantes en su territorio.

Lo cierto es que esta forma binaria, dicotómica o polarizada de aproximarse al asunto ha demostrado ser incompleta e inflexible, no haciendo justicia a un debate que reviste de una complejidad que impide atrincherarse exclusivamente en una de estas dos posturas. Se trata, además, de una forma miope de plantear los aspectos centrales a considerar. Según Sarah Song, “los defensores de las fronteras abiertas no han considerado adecuadamente lo que está en juego para los países emisores y receptores, y los restriccionistas no se han tomado en serio las demandas morales de los migrantes”<sup>1087</sup>. Esta cuestión resulta particularmente evidente si aterrizamos la discusión al marco de referencia que hemos adoptado, que es la forma de organización propia de los Estados constitucionales contemporáneos, contradictoria por definición.

En efecto, los rasgos centrales del Estado constitucional democrático como forma de organización político-jurídica son, en sí mismos, contradictorios. Los cimientos de este modelo de Estado suelen confrontarse, tal y como evidenciamos en nuestro primer capítulo. Ello queda en

---

<sup>1085</sup> KUKATHAS, 2005, p. 218.

<sup>1086</sup> SONG, 2019, pp. 1-2.

<sup>1087</sup> SONG, 2019, pp. 1-2.

evidencia de modo muy claro, por ejemplo, cuando nos preguntamos cuál es la forma en que ha de abordarse la tarea de diseñar e implementar políticas de control a la inmigración desde este particular modelo de Estado, cuestión que involucra pronunciarse sobre el modelo de fronteras que más armoniza con los principios básicos que estos Estados declaran abrazar<sup>1088</sup>. A este respecto, se ha planteado que “los gobiernos deben seguir políticas contradictorias en un intento de gestionar demandas contradictorias”<sup>1089</sup>, de modo tal que éstos “tendrán que salir del paso, azotados por los vientos en contra de los sentimientos antiinmigrantes y nacionalistas, mientras son arrastrados por la demanda capitalista y las normas liberales”<sup>1090</sup>.

Por una parte, el principio de soberanía popular materializado a través de la forma de gobierno democrática suele favorecer la adopción de medidas restrictivas a la inmigración. Esto es así debido a que proyectos políticos que han enarbolado las banderas del cierre de fronteras y el fortalecimiento de dispositivos de control migratorio como la inadmisión, la devolución o la expulsión, han sido tradicionalmente beneficiados por la aplicación de la regla mayoritaria aplicada en la toma de decisiones democráticas, debido a la impopularidad que suelen tener medidas en sentido opuesto. Por otra parte, el respeto y garantía de los derechos fundamentales suele favorecer la adopción de medidas de apertura a la vez que morigerar la utilización de dispositivos de control a la inmigración y de exclusión de personas migrantes<sup>1091</sup>. A su vez, el sistema económico liberal predominante en la mayoría de los Estados receptores de flujos migratorios también favorece la apertura, habida cuenta del interés del capital por satisfacer la demanda de mano de obra barata.

La tensión entre estos rasgos contradictorios complejiza la tarea de referirse a un modelo de fronteras y de control a la inmigración armonioso con la vigencia de los principios que inspiran a cualquier Estado constitucional democrático. El punto de partida es que, sin duda, “no existe una única política de inmigración que un filósofo político pueda establecer como la política justa o correcta a seguir para todas las democracias liberales (y mucho menos todas las sociedades)”<sup>1092</sup>.

---

<sup>1088</sup> “Cuatro características son cruciales para comprender la política de inmigración en las sociedades democráticas: (1) política mayoritaria, (2) nacionalismo, (3) capitalismo, y (4) constitucionalismo liberal. Las dos primeras características presionan a favor de restringir la inmigración, mientras que las dos últimas características respaldan un enfoque más abierto a la inmigración”. SONG, 2019, p. 4.

<sup>1089</sup> HAMPSHIRE, 2013, p. 161.

<sup>1090</sup> HAMPSHIRE, 2013, p. 161.

<sup>1091</sup> “Una fuente de apertura hacia la inmigración son las normas constitucionales liberales. Los Estados democráticos liberales han llegado a considerar ciertos derechos y libertades como fundamentales y los han institucionalizado a través de las constituciones. Los tribunales han llegado a ser vistos como protectores de los derechos individuales contra la voluntad de las mayorías electorales”. SONG, 2019, p. 6.

<sup>1092</sup> SONG, 2019, p. 161.

Por lo demás, “la política de inmigración debe desarrollarse conjuntamente y en línea con los otros objetivos que cada sociedad se propone, por lo que no puede haber una respuesta general a esta pregunta”<sup>1093</sup>.

Bajo determinadas circunstancias, un Estado que abrace (al menos relativamente) los principios propios de la democracia constitucional, puede tener políticas migratorias más abiertas o restrictivas. En un Estado donde la inmigración esté relativamente despolitizada, la opinión pública sea moderada, las protecciones constitucionales sean fuertes, las narrativas de identidad nacional incluyan a la inmigración y las empresas exijan trabajadores migrantes, es probable que las políticas de inmigración sean más abiertas. En cambio, en un Estado donde exista una opinión pública desfavorable a la inmigración, exista un partido de extrema derecha significativo, existan protecciones constitucionales menos robustas, se niegue a la inmigración como parte de su historia nacional y no exista una presión significativa del capital por trabajadores migrantes, es muy probable que las políticas de inmigración sean más restrictivas<sup>1094</sup>.

Pese a la existencia de este margen de posibilidades, debiese resultar igualmente posible definir un piso mínimo al que todo Estado constitucional democrático debiese aspirar para ser coherente con el modelo de Estado que abraza: los aspectos clave o centrales de un modelo que sea capaz de reflejar tanto la idea de autodeterminación democrática como la idea de vigencia plena de los derechos fundamentales. Resulta necesario que este esfuerzo por formular los rasgos fundamentales de una aproximación al control de la inmigración tome en serio “tanto los reclamos de la comunidad política como los reclamos de los inmigrantes”<sup>1095</sup>, entendiendo que tanto las posiciones a favor de un régimen de fronteras abiertas, como a favor de un régimen de fronteras cerradas, toman algunos reclamos legítimos que se hace necesario considerar.

Para enfrentar este ejercicio, que permitirá ofrecer una respuesta al asunto de los aspectos fundamentales de un modelo de control a la inmigración en el Estado constitucional democrático, abordaremos separadamente dos interrogantes. La primera de ellas tiene que ver con la justificación de la existencia misma del control migratorio en el Estado constitucional. Como hemos revisado

---

<sup>1093</sup> “Si se trata de números, las sociedades con amplio espacio y/o la disminución de las poblaciones y/o la escasez de mano de obra serán generalmente proinmigrantes, mientras que las sociedades que ya se sienten abarrotadas o cuya cultura está amenazada de erosión serán más restrictivas. Las sociedades que ya son multiculturales, y especialmente aquellas que han adoptado el multiculturalismo como una de sus políticas públicas, abordarán la selección de inmigrantes y la política de integración de manera diferente a las sociedades que son relativamente homogéneas y desean serlo”. SONG, 2019, pp. 160-161.

<sup>1094</sup> HAMPSHIRE, 2013, p. 46.

<sup>1095</sup> SONG, 2019, p. 2.

en apartados anteriores de este capítulo, esta no es una cuestión que deba darse por sentada, sino que, por el contrario, ha sido cuestionada al punto de abogar por su abolición en las sociedades democráticas. Aquel es el punto de partida, y sin referirnos a esta cuestión mal podríamos luego abordar la segunda interrogante. Esta segunda cuestión tiene que ver con el alcance de las potestades estatales de control sobre la inmigración o, planteado en otros términos, con el modelo de fronteras más ajustado a las exigencias de la forma de organización estatal constitucional democrática.

### **1. ¿Es el control a la inmigración una institución legítima y compatible con la vigencia de un Estado constitucional democrático?**

La primera interrogante sobre la que nos referiremos tiene que ver, como ya se ha dicho, con el asunto de la justificación del control migratorio como institución jurídica dentro del Estado constitucional. Nadie podría desconocer que, en los hechos, los Estados contemporáneos (sea que adopten o no la forma de organización constitucional democrática) ejercen potestades para el control de la inmigración: controlan el ingreso, admitiendo o inadmitiendo a quienes desean cruzar sus fronteras; controlan la residencia, autorizando o no a quienes las cruzan a permanecer y desempeñar actividades remuneradas en su territorio; controlan también la salida, ordenando abandonar su territorio a quienes han infringido las normas que regulan su ingreso y permanencia, o derechamente expulsándoles, para lo cual se requiere echar mano a la coacción estatal.

No hay duda en que la forma en que son ejercidas las potestades estatales sobre el ingreso, la residencia o la expulsión de personas migrantes puede adoptar rasgos más o menos restrictivos con la movilidad internacional. Sin embargo, antes de tocar ese punto se hace necesario partir desde un paso atrás. ¿Tiene fundamento o justificación plausible la potestad estatal para controlar la inmigración dentro de un Estado donde la vigencia de un régimen democrático y los derechos fundamentales debiese constituir una máxima irrenunciable? ¿A partir de dónde es posible identificar dicha justificación o dicho fundamento? En definitiva, ¿Es el control a la inmigración, en sí mismo, compatible con la vigencia de un Estado constitucional democrático?

Como vimos en el segundo capítulo de este trabajo, no existen dudas acerca del fundamento jurídico del ejercicio de estas potestades, particularmente en el derecho internacional. No obstante, en este momento resulta particularmente importante referirnos a la justificación política y moral del control migratorio, en sintonía con las reflexiones filosóficas hasta aquí desarrolladas. El control de la movilidad entre fronteras supone una importante restricción de derechos y

expectativas legítimas, por lo que es necesario ofrecer una justificación a aquellos cuyo desplazamiento se restringe<sup>1096</sup>. Desde este punto de vista, partimos de la base que “los Estados soberanos ejercen poder sobre la inmigración, ese poder requiere justificación, y la justificación apropiada para las democracias liberales es distintiva”<sup>1097</sup>.

Más allá de los reclamos por justicia e igualdad moral que tradicionalmente han inspirado las posturas abolicionistas en la materia, hay quienes han planteado que las potestades estatales de control a la inmigración carecen de fundamento plausible por razones asociadas a su ilegitimidad de origen. El control migratorio sería una “institución surgida como mecanismo para excluir por motivos racistas y moralmente repugnantes”<sup>1098</sup>, y frente a ello, la única respuesta adecuada sería “abolir o reformar cualquier institución que opere en base al racismo”<sup>1099</sup>. Por lo tanto, el “vicio de origen” del control a la inmigración le deslegitimaría a tal punto que, no admitiendo justificación, se trataría de una institución que debiese ser abolida o reformada sustancialmente.

Resulta sumamente espinoso desacreditar esta afirmación, pues la verdad es que quienes dan cuenta del origen racista del control a la inmigración están, en buena medida, en lo correcto. Como veremos en nuestro último capítulo, en los albores del control migratorio como institución jurídica, la exclusión racial, étnica o nacional fue uno de los principales motivos por los cuales los Estados aplicaron medidas como la inadmisión, la devolución o la expulsión. Sin embargo, no parece razonable “desechar por completo los controles de inmigración simplemente en virtud de su oscuro pasado y presente (...), después de todo, una gran cantidad de instituciones sociales y políticas tienen un pasado extremadamente y comparablemente turbio (...) y sin embargo, no mucha gente desearía rechazarlas por completo, simplemente en virtud de dicho pasado”<sup>1100</sup>.

La evolución de muchas de estas instituciones ha transitado por un camino a lo largo del cual éstas han podido despojarse paulatinamente de los rasgos abominables asociados a su origen histórico, ajustándose a las exigencias básicas de respeto a la dignidad humana propias de nuestro tiempo. En otras palabras, las ventajas de un adecuado ejercicio de las potestades estatales de control a la inmigración “pueden separarse de ese pasado, y salvarse para su uso bueno y/o

---

<sup>1096</sup> TURÉGANO, 2020, p. 137.

<sup>1097</sup> SONG, 2019, p. 7.

<sup>1098</sup> COLE, 2011, p. 219.

<sup>1099</sup> SHELBY, 2012, p. 364.

<sup>1100</sup> “Quizás esas instituciones tienen virtudes que pueden separarse de ese pasado y salvarse para su uso bueno y/o necesario en el presente y futuro”. FINE, 2019, p. 134.

necesario en el presente y futuro”<sup>1101</sup>. Claramente la tarea no es sencilla, puesto que tal como se ha planteado por Song “el racismo endémico en los controles de inmigración no puede eliminarse simplemente con un enfoque de ‘eliminar la discriminación racial y étnica y agitar’”<sup>1102</sup> (tal como se agita un batido en la licuadora). No obstante, parece ser que las virtudes del control a la inmigración en la materialización del derecho a la autodeterminación colectiva de todo pueblo permiten superar sus defectos de origen (aunque qué duda cabe, dichos defectos han sido reemplazados por otros que permanecen hasta hoy).

En principio, la existencia misma de la potestad estatal de control a la inmigración no resulta incompatible con la vigencia de un Estado constitucional democrático, constituyendo más bien una consecuencia necesaria del derecho de todo pueblo a auto determinarse, decidiendo sobre los aspectos fundamentales del presente y futuro de su convivencia colectiva. Por el contrario, parece haber buenas razones para que un Estado democrático con ciudadanos que se autogobiernan tenga el poder de fijar las políticas migratorias respecto de quienes inmigran simplemente en búsqueda de una vida mejor o diferente, y no por razones humanitarias, pues la aceptación de esos inmigrantes alterará la extensión de los ciudadanos y así la de quienes son titulares del poder para determinar las políticas migratorias en el futuro<sup>1103</sup>. Ahora bien, la forma concreta en que dicha potestad es ejercida sí que puede resultar incompatible con aquello que esta forma de organización político-jurídica involucra. Ello ha quedado ya de manifiesto a partir de las reflexiones planteadas en nuestro primer capítulo, donde se evidencia el desajuste entre el discurso de los Estados y sus prácticas en materia de control a la inmigración.

Probablemente el reclamo más legítimo de quienes adhieren a las corrientes de pensamiento que aquí hemos denominado “restriccionistas” tiene que ver con que el ejercicio de estas potestades estatales descansa en el derecho a la autodeterminación colectiva de todo pueblo. A su vez, el flanco más débil de las corrientes de pensamiento “abolicionistas” es no hacerse cargo de este reclamo en favor de la autodeterminación, que es generalmente desoído. Estas últimas corrientes, no obstante, tienen a su favor el legítimo reclamo asociado a exigencias de justicia, humanitarismo

---

<sup>1101</sup> FINE, 2019, p. 134.

<sup>1102</sup> “El desafío es mayor para aquellos que deseen tomar la ruta reformista y defender el derecho moral del Estado a excluir a posibles inmigrantes en sus territorios, al mismo tiempo que condenan el racismo y niegan la posibilidad de excluir por motivos de raza u origen étnico. ¿Cómo podría defenderse el derecho estatal a imponer controles a la inmigración de tal manera de romper con el patrón racista y discriminatorio familiar de la práctica pasada y presente?”. FINE, 2019, p. 134.

<sup>1103</sup> MARSHALL, 2012, p. 140. “Ser inclusivo con quienes viven en el territorio del Estado, necesariamente requiere reservarse el derecho de ser excluyente en relación a quienes quieren ingresar de una forma permanente a él”.



y plena vigencia de los derechos fundamentales, que limitan el ejercicio de la autodeterminación a la hora de definir la configuración concreta de los mecanismos de control estatal a la inmigración. Este es, por su parte, el flanco más débil del pensamiento “restriccionista”, que no toma suficientemente en serio los argumentos relacionados a las exigencias morales vinculadas al respeto por las personas migrantes.

Este es el presupuesto básico de una de las propuestas teóricas más recientes sobre esta materia, desarrollada en la obra *“Immigration and Democracy”* por Sarah Song, filósofa y politóloga coreano-estadounidense de la Universidad de California-Berkeley. La obra de Song pretende precisamente ofrecer un planteamiento “eclectico” o “intermedio”, que haga el intento por compatibilizar los argumentos más fuertes de quienes abogan por restringir la inmigración y los de aquellos que más bien abogan por un régimen de fronteras abiertas a la misma. El punto de partida de Song es precisamente sostener que “existe una justificación convincente para la autoridad del poder del gobierno sobre la inmigración, enraizada en la idea de autodeterminación colectiva”<sup>1104</sup>.

Como revisamos en su oportunidad, a lo largo de nuestro examen de las llamadas tesis “restriccionistas” a la inmigración, la idea de la autodeterminación colectiva como justificación del control migratorio no es original ni exclusiva del pensamiento de Sarah Song. Por el contrario, había sido desarrollada previamente por autores como Christopher Heath Wellman, aunque directamente conectada a la idea complementaria de la ‘libertad de asociación’, como componente integral del derecho a la autodeterminación política de toda comunidad<sup>1105</sup>. Aquí es donde radica, precisamente, la originalidad del aporte de la profesora de Berkeley, quien complejiza la idea de autodeterminación, conectándola menos con la libertad de asociación desarrollada en el pensamiento de Wellman, y asociándola además al ejercicio de los derechos territoriales necesarios para considerar a un pueblo auto determinado políticamente.

Al igual que para Wellman, Song considera que el fundamento último del control estatal a la inmigración descansa en el derecho a la autodeterminación política de todo pueblo<sup>1106</sup>, es decir, “el

---

<sup>1104</sup> SONG, 2019, p. 7.

<sup>1105</sup> Wellman toma como punto de partida el planteamiento acerca de la autodeterminación política de toda comunidad, para concluir que la justificación de políticas migratorias restrictivas o excluyentes puede hallarse en el ejercicio de la libertad de asociación, que es un componente integral del derecho a la autodeterminación. Según Wellman, “los Estados políticos legítimos tienen el derecho moral de diseñar y aplicar unilateralmente sus propias políticas migratorias, incluso si estas políticas excluyen a los potenciales inmigrantes que deseen ingresar desesperadamente”. WELLMAN, 2011, p. 13.

<sup>1106</sup> Song plantea que el agente de autodeterminación colectiva debe ser “el pueblo”, y no algo así como “la nación”. Hay tres condiciones principales para un pueblo. Primero, “un pueblo” es un grupo de individuos involucrados en un proyecto político común que apunta al autogobierno colectivo. Una segunda condición de un pueblo es compartir una

reclamo moral de un colectivo para gobernarse a sí mismo”<sup>1107</sup> y a ejercer un “control significativo sobre su vida colectiva independiente”<sup>1108</sup>. Dicho derecho, además de constituir una exigencia moral, está consagrado como un derecho humano universal reconocido tanto por la Carta de las Naciones Unidas<sup>1109</sup>, y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos<sup>1110</sup>. Por tanto, todo “*demos*” tiene el derecho colectivo a decidir sobre aquellos asuntos que impactan significativamente en su forma de vida colectiva<sup>1111</sup>.

La inmigración es uno de aquellos asuntos que impactan significativamente en la forma de vida colectiva de una determinada sociedad. Sus impactos se producen, a lo menos, en términos económicos, sociales, políticos, culturales<sup>1112</sup>. Es cierto que hay varios de estos supuestos impactos que están derechamente fundados en falsedades que han sido una y otra vez desacreditadas (y que por lo mismo han sido denominadas “ideas *zombie*” sobre la migración<sup>1113</sup>). Es el caso del aumento de las tasas de criminalidad, de la llegada de nuevas enfermedades o en el negativo efecto para los nacionales en el mercado laboral.

Sin embargo, existen otros impactos que son reales y que, por ejemplo, tienen que ver con cuestiones asociadas al volumen de las poblaciones. El tamaño de la población de un Estado “se perfila adecuadamente como una cuestión de política pública que debe decidirse democráticamente, ya sea que la nación receptora sea un Estado sub-poblado que quiera desarrollar

---

historia de participación política y contestación. Una tercera condición de un pueblo es que tiene la capacidad de establecer y mantener instituciones políticas”. SONG, 2019, pp. 58-59.

<sup>1107</sup> SONG, 2019, p. 53.

<sup>1108</sup> SONG, 2019, p. 53.

<sup>1109</sup> Carta de Naciones Unidas, 1945, artículo 1º: “Los propósitos de las Naciones Unidas son: (...) 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”.

<sup>1110</sup> Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señalan en su artículo 1º: “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. De acuerdo con Song, dicha autodeterminación colectiva tiene una dimensión externa e interna: La dimensión interna es la idea de soberanía popular (que las personas son la fuente última de autoridad política). La dimensión externa encuentra expresión en el derecho internacional, donde solía considerarse que se aplicaba solo a territorios específicos y también se entendía principalmente como un derecho de secesión. Con el tiempo, se ha entendido que se aplica a todos los pueblos que buscan un control político independiente sobre aspectos importantes de su vida en común. SONG, 2019, p. 54.

<sup>1111</sup> De acuerdo con Song, existen dos formas de entender la autodeterminación: una forma de toma de decisiones por la mayoría del conjunto cambiante de personas que en cualquier momento componen el cuerpo ciudadano, o si no presupone la existencia de un “pueblo” en un sentido más sustantivo: una nación que se considera a sí misma como una colectividad que perdura en el tiempo, con un pasado compartido y aspiraciones compartidas para el futuro. SONG, 2019, p. 154-155.

<sup>1112</sup> SONG, 2019, p. 65.

<sup>1113</sup> RUMBAUT, 2016.

su base agrícola mediante el cultivo de nuevas tierras, o un Estado sobrepoblado que trate de limitar la presión sobre su stock de viviendas o su sistema de transporte”<sup>1114</sup>. Incluso con independencia de la decisión política sobre el manejo demográfico, toda sociedad tiene una determinada “capacidad de absorción” de nuevos miembros<sup>1115</sup>. Mientras dicha capacidad se mantenga, el Estado podrá seguir satisfaciendo adecuadamente las necesidades de su población: plazas laborales, infraestructura pública, vivienda, hospitales, escuelas.

Si el fenómeno migratorio llega a manifestarse de manera muy aguda en un periodo muy acotado de tiempo, dicha capacidad de absorción puede verse superada, lo que impedirá o dificultará gravemente al Estado satisfacer adecuadamente las necesidades básicas de toda su población: las necesidades de su población local, pero también las necesidades de las personas migrantes que han llegado a su territorio en búsqueda de una vida mejor<sup>1116</sup>. Bajo ese supuesto, la potestad estatal de controlar la inmigración se encuentra justificada como un instrumento de autodeterminación que le permite a todo pueblo mantener cierto manejo sobre el control sobre el volumen de su población, de modo tal que el Estado sea capaz de satisfacer adecuadamente las necesidades básicas de sus habitantes con los medios disponibles para ello<sup>1117</sup>.

Privar a una comunidad política del derecho a ejercer un adecuado control sobre los flujos de inmigración que llegan a su territorio no solo sería contrario a su derecho a la autodeterminación colectiva, sino que podría significar aplicar una presión desmedida respecto de aquellas sociedades que generan una mayor atracción hacia las personas migrantes. Se trata de lo que autores como Michael Dummett llaman “peligro de sumersión”, que “se da únicamente cuando los inmigrantes llegan en un plazo muy breve en tal cantidad que no ven necesidad de asimilarse”<sup>1118</sup>. En efecto,

---

<sup>1114</sup> MILLER, 2016b, p. 65.

<sup>1115</sup> “Las democracias liberales fijan límites en cuanto al número de personas que pueden admitir, dependiendo de la capacidad de la nación para absorber a los inmigrantes”. KYMLICKA, 2006, p. 63.

<sup>1116</sup> SONG, 2019, p. 65. Kymlicka, en tanto, coloca el acento en el agotamiento de los recursos necesarios para asistir la integración de los nuevos migrantes: “(...) si llegan muchos en poco tiempo, los recursos destinados a asistirlos en su integración (tales como enseñanza de idioma, lecciones de ciudadanía, programas de capacitación laboral, etc.) pueden ser insuficientes. Además, las medidas tendientes a que los inmigrantes se integren pueden resultar ineficaces cuando éstos llegan masivamente de un solo país y se establecen conjuntamente en un mismo lugar, constituyendo un enclave significativo y económicamente viable”. KYMLICKA, 2006, p. 63

<sup>1117</sup> Autores como Kymlicka, en tanto, colocan el acento en que “las democracias liberales utilizan el control de sus fronteras para proteger y fortalecer su sociedad nacional. Los extranjeros son admitidos, pero únicamente en números reducidos y bajo ciertas condiciones que los alientan y presionan para que se integren en la comunidad nacional”. KYMLICKA, 2006, p. 64. Así mismo, plantea que “el uso actual de las fronteras para delimitar y proteger los distintos idiomas, culturas e identidades nacionales no está en contradicción con los valores liberales igualitaristas”. KYMLICKA, 2006, p. 76.

<sup>1118</sup> DUMMETT, 2004, p. 65. “Cualquier país tiene derecho a limitar la inmigración si su población nativa se encuentra en serio peligro de ser rápidamente inundada”. DUMMETT, 2004, p. 65.

se ha planteado que el tamaño de la diáspora y la velocidad con la que se integra en el país anfitrión son factores importantes. A medida que crece el tamaño de la diáspora, aumenta su poder de atracción y la tasa de inmigración tenderá a aumentar indefinidamente si no hay controles efectivos<sup>1119</sup>.

Entre los países receptores de flujos migratorios, este escenario afectaría mucho más a los pequeños, es decir, los escasamente poblados o poco extensos geográficamente, que a los más grandes. Estos últimos enfrentarían menos dificultades que los primeros para hacer frente a la presión del flujo, lo mismo que los más influyentes internacionalmente respecto de los que menos. Por ello, se ha planteado que “los países pequeños tienen más derecho a controlar la inmigración que los más grandes, y los países débiles más que los más poderosos”<sup>1120</sup>.

Sin duda, este escenario de “sumersión” puede resultar poco realista y hasta fantástico. Sin embargo, y además de considerar que dicho escenario tiene “relevancia práctica en algunas partes del mundo”<sup>1121</sup>, lo cierto es que se trata de una posibilidad teórica cuya formulación permite ofrecer una justificación hipotética de la potestad estatal para el control de la inmigración: los Estados tienen el poder de controlar la inmigración, puesto que, poniéndonos en el escenario opuesto, su población correría un serio riesgo de verse rápidamente sumergida en medio de un flujo migratorio de tal volumen, que no existiría capacidad ni necesidad de integración a la sociedad de acogida.

Evidentemente, ninguno de los Estados que genera mayor atracción para los flujos migratorios se ha animado a experimentar qué ocurriría si suspendiera momentánea o temporalmente sus controles a quienes pretenden cruzar sus fronteras, permitiendo el ingreso incondicionado de cualquier persona que quisiera hacerlo y autorizando incondicionalmente su permanencia, de modo tal que difícilmente podemos comprobar si el “peligro de sumersión” es efectivo en la realidad o no. Este no debiese ser motivo para desechar esta forma de justificación del control a la inmigración. Es bien conocido el recurso a ejercicios de este tipo, puramente hipotéticos, en la filosofía política, tal como ha ocurrido con el “estado de naturaleza” en la tradicional discusión sobre la justificación de la autoridad política<sup>1122</sup>, o con el “velo de la ignorancia” en la teoría de la justicia rawlsiana<sup>1123</sup>.

---

<sup>1119</sup> COLLIER, 2013, pp. 57-65.

<sup>1120</sup> DUMMETT, 2004, pp. 64-65

<sup>1121</sup> DUMMETT, 2004, p. 65.

<sup>1122</sup> Por ejemplo: HOBBS, 2017, pp. 108-112; ROUSSEAU, 2004, pp. 46-51.

<sup>1123</sup> RAWLS, 1995, pp. 135-140.

Además del impacto de la inmigración en la forma de vida colectiva de un pueblo, que demanda reconocer al Estado la potestad de controlarla como consecuencia necesaria del derecho a la autodeterminación política, otra consideración fundamental a este respecto tiene que ver con la existencia de derechos territoriales que son consustanciales a este derecho de carácter colectivo. No puede hablarse de un pueblo políticamente auto determinado sin el ejercicio de determinados derechos sobre la porción de superficie terrestre que ocupa con pretensión de exclusividad. Uno de estos derechos territoriales es el derecho a controlar el movimiento de personas a través de las fronteras que delimitan dicho espacio geográfico-político. Sin el derecho a controlar la inmigración, no puede decirse de un pueblo que es auto determinado.

Dando un paso atrás, se hace necesario recordar que uno de los tópicos fundamentales de la clásica Teoría General del Estado tiene que ver con el análisis de su elemento territorial o geográfico. El Estado requiere asentarse en una determinada porción de la superficie terrestre, cuyas fronteras “señalan el límite en que su soberanía actúa con la nota de exclusivismo que a ésta le es propia”<sup>1124</sup>. Dentro de dicho territorio, éste puede “desplegar su autoridad sobre todos los hombres que viven en él, ya sean ciudadanos propios o de un país extraño”<sup>1125</sup>, o dicho en otras palabras, extender su potestad “a todos los individuos, tanto nacionales como extranjeros”<sup>1126</sup>. Y es que, en efecto, el elemento humano del Estado “no se compone únicamente de ciudadanos (...), también el extranjero pertenece al pueblo estatal, desde el momento que está sometido al orden jurídico”<sup>1127</sup>.

Por lo tanto, el territorio no es solo uno de los elementos constitutivos del Estado, sino que además “es la garantía de que ha de ser posible al Estado llevar a cabo por completo la realización de sus fines”<sup>1128</sup>. Para ejercer la autodeterminación política en nombre del pueblo, todo Estado requiere de derechos territoriales a través de cuyo ejercicio el Estado materializa en los hechos el vínculo que conecta a un grupo de personas con un área geográfica en particular<sup>1129</sup>. Según David Miller, podemos definir los derechos territoriales como un conjunto de derechos que incluye: (i) el derecho de jurisdicción territorial, es decir, el derecho de hacer cumplir las leyes del Estado en todo

---

<sup>1124</sup> JELLINEK, 2017, p. 369.

<sup>1125</sup> JELLINEK, 2017, p. 371.

<sup>1126</sup> CARRÉ DE MALBERG, 1998, p. 23.

<sup>1127</sup> KELSEN, 2015, p. 210.

<sup>1128</sup> JELLINEK, 2017, p. 369.

<sup>1129</sup> “No es el Estado sino los ocupantes del territorio quienes poseen derechos a ocupar el territorio, pero en la medida que el Estado representa a dicho colectivo, tiene jurisdicción legítima sobre él”. SONG, 2019, p. 62.

el territorio, (ii) el derecho del Estado a controlar los recursos en el territorio, y (iii) el derecho del Estado a controlar el movimiento de personas y bienes a través de fronteras del territorio<sup>1130</sup>. Este último derecho involucra el derecho a decidir a quién admitir, en qué cantidad y bajo qué términos<sup>1131</sup>.

En un Estado constitucional democrático, el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración no puede desarrollarse al margen del derecho del pueblo a la autodeterminación política, es decir, “a decidir la dirección futura de la sociedad”<sup>1132</sup>. Por el contrario, el derecho a controlar la inmigración es un poder político del pueblo que forma parte “del conjunto de derechos territoriales necesarios para que éste sea auto determinado”<sup>1133</sup>, es decir, “deriva del derecho del ‘*demos*’ a gobernarse a sí mismo”<sup>1134</sup>. Abolir el control migratorio, en cambio, significaría afectar gravemente el derecho de todo pueblo a “deliberar y emitir juicios que autorizan la formulación de políticas sobre inmigración”<sup>1135</sup>. Desde este punto de vista, “cuando un migrante ingresa o permanece en el país sin autorización, elude el proceso político mediante el cual los miembros de una comunidad política han definido quién es el ‘yo’ colectivo”<sup>1136</sup>.

En definitiva, el control a la inmigración es una institución compatible con la vigencia de un Estado constitucional democrático producto de su conexión directa y necesaria con el derecho a la autodeterminación política del pueblo. Ahora bien, igualmente cabe señalar que existen miradas que no consideran el control a la inmigración como una consecuencia necesaria e ineludible del ideal de autodeterminación y autogobierno. Turégano, por ejemplo, plantea que en contextos en que las fronteras abiertas sean compatibles con la estabilidad y continuidad del autogobierno democrático y los beneficios que genera para ciudadanos y residentes, éstas pueden ser igualmente conciliables con el principio de autodeterminación política del pueblo<sup>1137</sup>. No consideramos que dicha propuesta sea excluyente con lo que aquí hemos venido planteando. Un alto grado de permeabilidad de las fronteras puede ser perfectamente compatible con la vigencia de los principios básicos de un Estado constitucional democrático, siempre que se trate de una decisión adoptada libremente por una comunidad política en ejercicio de su autogobierno.

---

<sup>1130</sup> MILLER, 2012, pp. 252-268

<sup>1131</sup> SONG, 2019, p. 154.

<sup>1132</sup> SONG, 2019, p. 154.

<sup>1133</sup> SONG, 2019, p. 73.

<sup>1134</sup> SONG, 2019, p. 69.

<sup>1135</sup> SONG, 2019, p. 69.

<sup>1136</sup> SONG, 2019, p. 66.

<sup>1137</sup> TURÉGANO, 2020, p. 137.

## 2. ¿Qué modelo de fronteras resulta más compatible con el ejercicio del derecho a controlar la inmigración en el Estado constitucional democrático?

Como hemos planteado hasta aquí, el control migratorio es consustancial al ejercicio de la autodeterminación política por parte de todo pueblo. Aquello excluye, por tanto, la adopción de un modelo de fronteras abiertas a la inmigración (salvo que dicha decisión sea el producto de una decisión del pueblo ejerciendo el autogobierno). No obstante, plantear aquello no es equivalente a señalar que un ‘demos’ “puede dictar las restricciones a la inmigración que desee”<sup>1138</sup>. En un Estado constitucional democrático el derecho de control a la inmigración “es un derecho calificado, no absoluto”<sup>1139</sup>. Es decir, la autodeterminación política permite a un pueblo decidir sobre su convivencia colectiva presente y futura siempre y cuando se ejerza dentro ciertos límites, que están determinados por los valores y principios propios de un Estado organizado bajo la fórmula constitucional democrática. Esto también excluye, por tanto, la adopción de un modelo de fronteras completamente cerradas a la inmigración, o con un régimen de restricciones discriminatorias y arbitrarias.

En un Estado constitucional democrático, existen valores y principios que necesariamente deben informar y guiar el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración. Dichos valores y principios califican el ejercicio del derecho estatal a decidir sobre la admisión y la permanencia de personas migrantes en su territorio. La legitimidad del control a la inmigración descansa tanto en el derecho a la autodeterminación política del pueblo como en valores humanitarios básicos para la convivencia pacífica de cualquier sociedad democrática. De esta manera, el valor de la autodeterminación colectiva debe ser ponderado con valores fundamentales para cualquier sociedad política como es el valor de la justicia: “una teoría de la inmigración debe estar atenta tanto a los reclamos de justicia como a los reclamos de autodeterminación colectiva”<sup>1140</sup>.

Esta forma de entender el modo en que la potestad estatal de controlar la inmigración debe ejercerse en un Estado constitucional y democrático demanda necesariamente excluir los dos modelos de frontera que han predominado en la discusión filosófico-política y moral que hemos desarrollado en apartados previos de este capítulo. Como ya hemos mencionado, el debate en torno al modelo de fronteras más ajustado a las exigencias morales y políticas de una comunidad

---

<sup>1138</sup> SONG, 2019, p. 69.

<sup>1139</sup> SONG, 2019, p. 69.

<sup>1140</sup> SONG, 2019, p. 55.

organizada bajo la fórmula constitucional-democrática ha sido abordado tradicionalmente en términos dicotómicos: fronteras abiertas o fronteras cerradas a la inmigración, abolicionismo o restriccionismo en materia de control a la inmigración.

Es cierto que ninguna de estas dos tesis, tal y como han sido desarrolladas por los autores que hemos referido a lo largo de estas páginas, se cierra a la posibilidad de dar cabida excepcionalmente a la otra bajo determinadas circunstancias. Sin embargo, ninguna de ellas está verdaderamente dispuesta a ceder espacio a la vigencia de los argumentos más potentes de la otra de modo generalizado. Esto resulta sumamente problemático puesto que a ambos lados de la vereda existen consideraciones importantes a tener en cuenta: tanto las razones asociadas al ejercicio de la autodeterminación colectiva, por un lado, como las razones asociadas a los principios de justicia involucrados en el trato que los Estados han de dar a quienes pretenden cruzar sus fronteras y permanecer en su territorio.

Parece ser, en consecuencia, que abordar la discusión en estos términos polarizados no es la alternativa más adecuada para hacer justicia a aquello que involucra la vigencia plena de un Estado constitucional democrático, y que más bien debiésemos dar con una aproximación que conjugue y pretenda armonizar las principales razones detrás de cada una de las tesis originales. Una aproximación ecléctica: un modelo de fronteras “porosas” a la inmigración, es decir, un modelo donde el Estado cuente con potestades para el control de la inmigración, pero cuyo ejercicio sea calificado, de manera tal que, en relación con la inmigración, la regla general sean las fronteras abiertas y excepcionalmente éstas se cierren a los flujos migratorios. Dicho en palabras de Javier de Lucas, una “apertura reglada”<sup>1141</sup> o en palabras de Bauböck, “las fronteras estatales no tienen que construirse ni como barricadas móviles ni como muros rígidos (sino que) como membranas, esto es, como estables, pero al mismo tiempo permeables (...)”<sup>1142</sup>. Es decir, hablamos de un modelo en que la exclusión solo proceda de conformidad con un estatuto jurídico que impida la adopción de medidas injustificadamente restrictivas, discriminatorias o arbitrarias en ejercicio del poder estatal.

Por supuesto que el uso de la expresión “fronteras porosas”, de que nos aquí nos valemos para dar cuenta de esta fórmula alternativa, no es en sí mismo original. El planteamiento de Seyla Benhabib recurre también al uso de esta expresión, aunque en el desarrollo de su propuesta en favor

---

<sup>1141</sup> DE LUCAS, 2020, p. 93.

<sup>1142</sup> BAUBÖCK, 2015, p. 172.



de una teoría de la justicia de carácter cosmopolita. Lo mismo puede decirse de los planteamientos de Juan Carlos Velasco, quien ha afirmado que “las fronteras, en realidad, no son impermeables, sino porosas (...)”<sup>1143</sup>. A su vez, Sarah Song (autora a la que ya nos hemos referido), plantea también la necesidad de dar con una fórmula ecléctica que, sin emplear esta expresión y permitiendo mayores o menores niveles de apertura a la inmigración, constituya un estándar básico para el control de los flujos migratorios por parte de aquellos Estados que pretenden demostrar un auténtico compromiso con adherir a las exigencias que la forma de organización constitucional democrática les demanda. En todos estos casos, se comparte una comprensión de las fronteras que desecha una mirada simplificada que las entiende como dispositivos esencialmente obstructivos, y que más bien considera que la función de éstas no es impedir los intercambios, sino que regular el tránsito<sup>1144</sup>.

### **2.1 La tesis de “fronteras porosas” a la inmigración en “Los derechos de los otros” de Seyla Benhabib**

En lo que al pensamiento de Seyla Benhabib (filósofa política y politóloga turco-estadounidense, y renombrada profesora de la Universidad de Yale) se refiere, ésta plantea la tesis de “fronteras porosas” a la inmigración como una de las exigencias derivadas de una teoría de la justicia cosmopolita, es decir, una teoría de la justicia que no se limita a un esquema de distribución justo (como ocurre con la teoría de John Rawls<sup>1145</sup> o Robert Nozick<sup>1146</sup>, por ejemplo), sino que además incorpora una visión de “membresía justa” al interior de una comunidad política. Para Benhabib pensar en una teoría de la justicia aplicada al asunto de las migraciones y las fronteras, impide que la cuestión sea abordada exclusivamente a través de medidas de carácter distributivo.

El punto de partida sobre el cual esta autora desarrolla su teoría cosmopolita en la obra “Los derechos de los otros”, tiene que ver con reconocer el valor que tiene la idea de pertenencia al interior de una comunidad política delimitada por fronteras. La existencia misma de fronteras y lo que aquello involucra desde el punto de vista de la inmigración es, para Benhabib, un presupuesto básico para una teoría de la justicia cosmopolita. En este sentido, no hay dudas de que su obra excluye la posibilidad de un modelo de fronteras abiertas como el propuesto en la obra de filósofos como Joseph Carens o Arash Abizadeh y que, por el contrario, valida la existencia del control a la

---

<sup>1143</sup> VELASCO, 2020, p. 39.

<sup>1144</sup> VELASCO, 2020, p. 27.

<sup>1145</sup> RAWLS, 1995.

<sup>1146</sup> NOZICK, 1988.

inmigración, e inclusive las restricciones a la misma, como un instrumento que permite materializar la vigencia de un régimen democrático.

Sin embargo, ello no obsta a que el análisis de Benhabib sea crítico de la condición que experimentan las personas migrantes en los Estados nacionales, que les excluyen de la pertenencia a la comunidad política y, en consecuencia, de una serie de derechos asociados al vínculo de nacionalidad. Pese a considerar fundamental la existencia de fronteras como presupuesto de la vigencia de un régimen democrático, Benhabib no apuesta por fronteras cerradas, ni tampoco apuesta por fronteras abiertas pese a su abierta simpatía por el cosmopolitismo, corriente de pensamiento desde donde la abolición del control a la inmigración es una idea con muchos adherentes. En consecuencia, no considera problemática la existencia misma de las fronteras y del control a la inmigración a la luz de su teoría de la justicia, siempre y cuando la membresía al interior de la sociedad sea siempre el producto de una “adhesión democrática”.

Dicha “adhesión democrática” involucra un régimen de “fronteras porosas” a la inmigración, es decir, un modelo alternativo a las clásicas posiciones de “fronteras abiertas y “fronteras cerradas”. Este corresponde a un modelo de fronteras que, sin ser plenamente impermeable o impenetrable a la inmigración, permite la implementación por parte del Estado de dispositivos de control sobre el ingreso y la permanencia de personas migrantes, habilitando al Estado a excluir en determinados casos justificados a potenciales migrantes. Al mismo tiempo que esta “adhesión democrática” demanda la existencia de “fronteras porosas”, Benhabib considera que además debe involucrar el reconocimiento de un derecho moral a refugiados y asilados a una primera admisión, a un mandato de desnacionalización de la membresía y la reivindicación del derecho de toda persona a “tener derechos”, es decir, a ser una persona legal, con derechos inalienables sin importar cuál sea su condición de membresía política<sup>1147</sup>.

En contra de quienes, desde el discurso de las fronteras cerradas, manifiestan sus reparos y temores con este grado de apertura medido de las fronteras estatales, Benhabib plantea: “(...) quiero distinguir entre integración cultural e integración política y sugerir que en las democracias liberales robustas la porosidad de las fronteras no es una amenaza, sino más bien un enriquecimiento de la diversidad democrática existente”<sup>1148</sup>. El planteamiento de esta autora no desconoce el derecho de las democracias a controlar sus fronteras, y a regular la transición desde

---

<sup>1147</sup> BENHABIB, 2004, p. 15.

<sup>1148</sup> BENHABIB, 2004, p. 90.

una primera admisión hasta la plena membresía al interior de la comunidad política. Sin embargo, el ejercicio de dichos derechos se encuentra subordinado por ciertas exigencias derivadas de una teoría de la justicia cosmopolita: derecho de primera admisión para refugiados y solicitantes de asilo, subordinación a las normas de derechos humanos, y prohibición de impedir la naturalización de extranjeros que viven en su medio<sup>1149</sup>.

## **2.2 La política de control a la inmigración en “*Immigration and Democracy*” de Sarah Song y en “*Strangers in Our Midst*” de David Miller**

En la misma línea, otros planteamientos destacados son los de Sarah Song y David Miller, quienes han ofrecido una aproximación que se distancia de la dicotomía clásica entre fronteras abiertas y fronteras cerradas con la que suele abordarse esta discusión. Song sostiene que existe algo más que estas dos posiciones antagónicas y polarizadas, puesto que respecto de ambas subyacen consideraciones atendibles que no son mutuamente excluyentes, sino que, por el contrario, pueden convivir sentando las bases de un modelo de control a la inmigración que armonice los principios y valores fundamentales de una sociedad democrática. Bajo esta mirada, plantea: “Contra el defensor de las fronteras abiertas, sostengo que existe una justificación convincente para la autoridad del poder del gobierno sobre la inmigración, enraizada en la idea de la autodeterminación colectiva. Contra los restriccionistas, sostengo que los valores humanitarios y democráticos limitan la forma en que se puede ejercer el poder de inmigración de un gobierno”<sup>1150</sup>.

En términos generales, el trabajo de Song se concentra en justificar el derecho de toda comunidad política a controlar la inmigración, pero como un derecho de carácter calificado (y no absoluto), donde las calificaciones para su ejercicio vienen definidas por valores humanitarios propios de una sociedad democrática y liberal<sup>1151</sup>. Es decir, el control migratorio es una potestad estatal cuya existencia se encuentra justificada siempre y cuando su ejercicio se subordine a determinadas calificaciones o exigencias éticas sin las cuales la vigencia de un régimen democrático y liberal deja de existir. Su planteamiento no se preocupa tanto de cuán abiertas o cerradas han de ser las fronteras, sino que más bien se centra en responder a la pregunta de quién tiene el derecho de controlar la inmigración y en qué términos<sup>1152</sup>.

---

<sup>1149</sup> BENHABIB, 2004, p. 156.

<sup>1150</sup> SONG, 2019, p. 7.

<sup>1151</sup> SONG, 2019, p. 28, p. 52.

<sup>1152</sup> SONG, 2019, 73-74.

Algo similar puede decirse acerca de la propuesta de David Miller, cuyo planteamiento central en la obra *“Strangers in Our Midst”*, es descrito por él mismo como “comunitario” y “socialdemócrata”<sup>1153</sup>, a partir de la siguiente premisa básica: “la política de inmigración de una democracia liberal debe guiarse por cuatro valores: cosmopolitismo débil, autodeterminación nacional, equidad e integración”<sup>1154</sup>. La conjugación de estos valores aplicados a la discusión acerca del modelo de control a la inmigración más compatible con una sociedad democrática y liberal, define un determinado modo de abordar este fenómeno por parte de los Estados. Dicha fórmula equilibra la legítima demanda por autodeterminación presente en toda comunidad política con determinados valores cuyo respeto y garantía resulta ineludible en el seno de una sociedad democrática.

El primero de estos valores es aquello que Miller designa como “cosmopolitismo moral débil”, y que denomina de esta manera para diferenciarlo del cosmopolitismo moral clásico que ha sentado las bases de tesis a favor de un régimen de fronteras abiertas a la inmigración. Este valor involucra una exigencia moral básica: una democracia liberal debe reconocer antes que todo que “los inmigrantes son seres humanos, y que independientemente de cómo interactuemos con ellos, no podemos ignorar su posición moral”<sup>1155</sup>. De este estándar básico de respeto a la dignidad humana se desprende el que ningún Estado puede actuar respecto a las personas migrantes de una manera que viole sus derechos humanos, y que incluso, existen muchos casos en los cuales no basta con abstenerse de afectar dichos derechos, sino que también existen exigencias de actuación proactiva por parte de la autoridad en orden a la protección y garantía de dichos derechos.

Hasta aquí, las consideraciones cosmopolitas tomadas en cuenta por Miller no se diferencian sustancialmente de aquellas que han sido invocadas durante décadas para argumentar en favor de la abolición de los controles a la inmigración. Sin embargo, su propuesta se caracteriza por reconocer límites a la vigencia de este valor, y es por ello que a la expresión “cosmopolitismo” le asigna además la adjetivación de “débil”. Con esto, pretende evidenciar que el respeto a la dignidad de las personas migrantes no excluye la posibilidad de que, en ejercicio del poder estatal de control

---

<sup>1153</sup> MILLER, 2016b. p. 161. El autor se asegura de explicar que su propuesta no es de “fronteras cerradas”, aunque (como vimos) algunos de sus argumentos puedan ser tomados por quienes adhieren a dicho argumento: “el argumento aquí, para evitar malentendidos, no es que una comunidad política auto determinada debe cerrar sus fronteras, sino que debe tener derecho a controlar sus fronteras para preservar una gama significativa de opciones políticas sin detrimento de los derechos humanos de aquellos a quienes elige admitir”. MILLER, 2016b. p. 62.

<sup>1154</sup> MILLER, 2016b, p. 157.

<sup>1155</sup> MILLER, 2016b, p. 153.

a la inmigración, puedan rechazarse o desestimarse las demandas de quienes desean ingresar al territorio del Estado o ser autorizados para permanecer temporal o indefinidamente en él. Por el contrario, este “cosmopolitismo débil” permite configurar también ciertas restricciones a la inmigración.

En consecuencia, “la política de inmigración de un Estado debe ser moralmente defendible”<sup>1156</sup>, y ello excluye una serie de políticas y prácticas que han sido tradicionalmente aplicadas por los países receptores de flujos migratorios. No obstante, existen también restricciones moralmente justificables y plenamente compatibles con esta forma “atenuada” de aproximarse al cosmopolitismo. Entre ellas, y de acuerdo con Miller, se encontrarían aquellas asociadas a proteger la salud pública o a prevenir la comisión de hechos constitutivos de delito<sup>1157</sup>. Lo relevante sería, por lo tanto, que “la política de inmigración de un Estado sea moralmente defendible”<sup>1158</sup>, y será defendible aún y cuando contemple ciertas restricciones a la inmigración que puedan significar incluso la exclusión justificada de determinadas personas migrantes.

Un segundo valor que Miller incorpora en esta ponderación de intereses es la “autodeterminación política”. Baste con recordar que, para Sarah Song, “el fundamento último del control estatal a la inmigración descansa en el derecho a la autodeterminación política de todo pueblo”<sup>1159</sup>, es decir, “el reclamo moral de un colectivo para gobernarse a sí mismo”<sup>1160</sup> y a ejercer un “control significativo sobre su vida colectiva independiente”<sup>1161</sup>. Por lo tanto, una sociedad que se precie de ser democrática y respetuosa de las libertades fundamentales no puede desconocer que, en general, la decisión relativa al diseño y la implementación de políticas de control a la inmigración corresponde a la propia comunidad política que hace las veces de sociedad de destino y acogida de quienes migran hacia el territorio del Estado que le representa y gobierna.

Además de la autodeterminación colectiva y el cosmopolitismo débil planteado por Miller, dicho autor postula otros dos valores que, aunque no directamente relacionados con la política de control a la inmigración, se asocian con la política migratoria en términos amplios y con las demás

---

<sup>1156</sup> MILLER, 2016b, p. 153.

<sup>1157</sup> En el próximo capítulo (y último de este trabajo) pasaremos revista a estos y otros de los principales motivos de exclusión migratoria, exponiendo sus rasgos fundamentales y haciendo un juicio de su compatibilidad con los principios básicos de la fórmula de Estado constitucional democrático: exclusiones raciales, ideológicas, sanitarias, penales y económicas.

<sup>1158</sup> MILLER, 2016b, p. 153.

<sup>1159</sup> SONG, 2019, pp. 58-59.

<sup>1160</sup> SONG, 2019, p. 53.

<sup>1161</sup> SONG, 2019, p. 53.

aristas que esta involucra. Estos valores son la equidad y la integración. En lo que a equidad se refiere, la idea es que el régimen de inmigración de una sociedad atienda equitativamente al modo en que los derechos y responsabilidades, beneficios y cargas se distribuyen entre sus integrantes nativos e inmigrantes, aunque estos últimos lleven poco tiempo viviendo en el lugar de destino. Ello excluiría no solo una privación generalizada de acceso a prestaciones sociales para las personas migrantes, sino que a juicio de Miller excluiría también una garantía incondicionada de acceso a dichas prestaciones, restando importancia a las responsabilidades que involucra el formar parte de la sociedad de acogida<sup>1162</sup>. A su vez, en lo que al valor de la integración se refiere, el planteamiento de Miller es que el régimen de inmigración debe asegurar que al interior de una sociedad, todas las personas convivan mancomunadamente, con miras a alcanzar objetivos comunes con independencia de su origen nacional, étnico o religioso<sup>1163</sup>.

En definitiva, estos planteamientos parten de la base que los Estados tienen derecho a controlar la inmigración, salvo circunstancias calificadas. Es decir, el derecho estatal al control migratorio es un derecho de carácter limitado, cuyo ejercicio debe ajustarse a los valores propios de una sociedad democrática, entre los cuales se haya el respeto por la dignidad humana a través de la plena vigencia de los derechos humanos de las personas migrantes. Song prefiere superar la discusión sobre apertura o cierre de las fronteras, y proponer más bien un modelo de “fronteras controladas y de puertas abiertas”<sup>1164</sup>. Entiende que la dicotomía entre fronteras abiertas y cerradas debiese entenderse superada, y más bien sustituida por una discusión acerca del marco dentro del cual los Estados han de ejercer el derecho de normar el fenómeno de la movilidad humana internacional, diseñando e implementando políticas de control a la inmigración.

## V. Conclusiones

Aunque está bastante claro el fundamento jurídico del control a la inmigración en un Estado constitucional democrático, a la luz del derecho internacional y el derecho constitucional, resulta igualmente necesario preguntarse acerca de la legitimidad o justificación del control migratorio, entendido como aquella potestad pública en virtud de la cual un Estado (i) regula el desplazamiento de personas migrantes hacia su territorio y su permanencia en él, estableciendo condiciones y exigencias para su ingreso, residencia y salida del país, y (ii) verifica, inspecciona, examina, que

---

<sup>1162</sup> MILLER, 2016b, p. 155.

<sup>1163</sup> MILLER, 2016b, p. 156.

<sup>1164</sup> SONG, 2019, p. 190.

dichas regulaciones sean cumplidas por quienes migran a efectos de autorizar su ingreso o permanencia en el país, o bien, adoptar las medidas tendientes a conseguir su abandono voluntario o forzado de éste.

Desde el advenimiento de la modernidad los desplazamientos de población de un territorio a otro del planeta, y el trato a los “forasteros” por parte de los Estados, han sido objetos de interés de la reflexión filosófica. Sin embargo, solo a partir del último cuarto del s. XX se han multiplicado las discusiones sobre esta materia en el seno de la filosofía moral y política. En dicho contexto, se han formulado dos grupos de tesis centrales a la hora de responder a la pregunta sobre la legitimidad del control a la inmigración: las tesis de fronteras abiertas a la inmigración (que aquí denominamos también “tesis abolicionistas”) y las tesis de fronteras cerradas a la inmigración (que aquí denominamos también “tesis restrictoristas”).

Las primeras abogan por el desmantelamiento de los controles migratorios, o dicho de otro modo, de las fronteras entendidas como dispositivos de control de la movilidad humana internacional (y no de las fronteras políticas propiamente). Se trata de un conjunto de posiciones que se nutre de argumentos cosmopolitas, libertarios, democráticos y utilitaristas para sostener que el control estatal a la inmigración carece de justificación y que por tanto debiese ser superado, dando paso a un régimen de fronteras abiertas o enteramente permeables al ingreso y la permanencia de extranjeros. Las segundas, en tanto, consisten en un conjunto de planteamientos que se han formulado principalmente desde posiciones comunitaristas y nacionalistas liberales, y que han dado pie a argumentos para restringir la inmigración basados en la preservación de la identidad cultural, el sostenimiento de las finanzas públicas, el funcionamiento del sistema político democrático, o la seguridad nacional.

Como ha sido posible advertir, el debate sobre la legitimidad del control a la inmigración y la justificación de las fronteras en el seno de la filosofía moral y política se ha desarrollado tradicionalmente en “términos binarios”: o nos posicionamos en la vereda de quienes abogan por un régimen de fronteras abiertas o más bien en la vereda de quienes abogan por un régimen de fronteras cerradas<sup>1165</sup>. O consideramos que las fronteras son injustas e ineficientes, y los controles a la inmigración debiesen suprimirse, o consideramos que las fronteras y los controles a la inmigración no solo están plenamente justificados, sino que es deseable y conveniente que los

---

<sup>1165</sup> SONG, 2019, pp. 1-2.

Estados ejerzan intensamente estos controles con el propósito de restringir al máximo el ingreso y la permanencia de nuevos migrantes en su territorio.

Lo cierto es que esta forma binaria, dicotómica o polarizada de aproximarse al asunto ha demostrado ser incompleta e inflexible, no haciendo justicia a un debate que reviste de una complejidad tal que impide atrincherarse exclusivamente en una de estas dos posturas. Como aquí hemos planteado, el control a la inmigración es una institución legítima, que se encuentra justificada en el marco de un Estado constitucional democrático siempre que se ejerza de modo calificado. Es decir, aunque se justifica el que los Estados dispongan de competencias para controlar el ingreso y la permanencia de extranjeros en su territorio, esto no les habilita para ejercer dichas competencias al margen de consideraciones mínimas de justicia y racionalidad. Esta mirada exige superar el modo en que mayoritariamente se aborda la discusión hasta hoy, considerando que tal y como advierte Sarah Song: “los defensores de las fronteras abiertas no han considerado adecuadamente lo que está en juego para los países emisores y receptores, y los restriccionistas no se han tomado en serio las demandas morales de los migrantes”<sup>1166</sup>.

La existencia misma de la potestad estatal de control a la inmigración no resulta incompatible con la vigencia de un Estado constitucional democrático, constituyendo más bien una consecuencia necesaria del derecho de todo pueblo a auto determinarse, decidiendo sobre los aspectos fundamentales del presente y futuro de su convivencia colectiva. El fundamento último del control estatal a la inmigración descansa en el derecho a la autodeterminación política de todo pueblo, es decir, “el reclamo moral de un colectivo para gobernarse a sí mismo”<sup>1167</sup> y a ejercer un “control significativo sobre su vida colectiva independiente”<sup>1168</sup>. Dicho derecho, además de constituir una exigencia moral, está consagrado como un derecho humano universal reconocido tanto por la Carta de las Naciones Unidas<sup>1169</sup>, y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos<sup>1170</sup>. Por tanto, todo “*demos*” tiene el derecho colectivo a decidir sobre aquellos asuntos que impactan significativamente en su forma de vida colectiva.

---

<sup>1166</sup> SONG, 2019, pp. 1-2.

<sup>1167</sup> SONG, 2019, p. 53.

<sup>1168</sup> SONG, 2019, p. 53.

<sup>1169</sup> Carta de Naciones Unidas, 1945, artículo 1º.

<sup>1170</sup> Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señalan en su artículo 1º: “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.



La inmigración es uno de aquellos asuntos que impactan significativamente en la forma de vida colectiva de una determinada sociedad. Sus impactos se producen, a lo menos, en términos económicos, sociales, políticos, culturales. Aunque muchos de los “impactos” más mediáticos son mitos, existen otros impactos que sí son reales y que, por ejemplo, tienen que ver con cuestiones asociadas al volumen de las poblaciones. Privar a una comunidad política del derecho a ejercer un adecuado control sobre los flujos de inmigración que llegan a su territorio no solo sería contrario a su derecho a la autodeterminación colectiva, sino que podría significar aplicar una presión desmedida respecto de aquellas sociedades que generan una mayor atracción hacia las personas migrantes.

Junto al impacto de la inmigración en la forma de vida colectiva de un pueblo, que demanda reconocer al Estado la potestad de controlarla como consecuencia necesaria del derecho a la autodeterminación política, otra consideración fundamental a este respecto tiene que ver con la existencia de derechos territoriales que son consustanciales a este derecho de carácter colectivo. No puede hablarse de un pueblo políticamente auto determinado sin el ejercicio de determinados derechos sobre la porción de superficie terrestre que ocupa con pretensión de exclusividad. Uno de estos derechos territoriales es el derecho a controlar el movimiento de personas a través de las fronteras que delimitan dicho espacio geográfico-político. Sin el derecho a controlar la inmigración, no puede decirse de un pueblo que es auto determinado.

No obstante, en un Estado constitucional democrático el derecho de control a la inmigración “es un derecho calificado, no absoluto”<sup>1171</sup>. Es decir, la autodeterminación política permite a un pueblo decidir sobre su convivencia colectiva presente y futura siempre y cuando se ejerza dentro ciertos límites, que están determinados por los valores y principios propios de un Estado organizado bajo la fórmula constitucional democrática.

Es decir, resulta más adecuado plantear que el modelo de fronteras más ajustado a un Estado constitucional democrático es un modelo de fronteras “porosas” a la inmigración (ecléctico o intermedio), es decir, un modelo donde el Estado cuenta con potestades para el control de la inmigración, pero cuyo ejercicio sea calificado, de manera tal que, en relación con la inmigración, la regla general sean las fronteras abiertas y excepcionalmente éstas se cierren a los flujos migratorios. Es decir, un modelo donde la exclusión a través de medidas como la inadmisión, la devolución o la expulsión solo proceda de conformidad con un estatuto jurídico que impida la

---

<sup>1171</sup> SONG, 2019, p. 69.

adopción de medidas injustificadamente restrictivas, discriminatorias o arbitrarias en ejercicio del poder estatal.

A un planteamiento de esta naturaleza adhieren algunas destacadas pensadoras contemporáneas, como es el caso de Seyla Benhabib, Sarah Song o incluso David Miller. Para la primera, la “adhesión democrática” exigida por una teoría de la justicia cosmopolita involucra un régimen de “fronteras porosas” a la inmigración, es decir, un modelo alternativo a las clásicas posiciones de “fronteras abiertas y “fronteras cerradas”. Este corresponde a un modelo de fronteras que, sin ser plenamente impermeable o impenetrable a la inmigración, permite la implementación por parte del Estado de dispositivos de control sobre el ingreso y la permanencia de personas migrantes, habilitando al Estado a excluir en determinados casos justificados a potenciales migrantes. De igual manera, a través de lo que denomina una mirada “comunitaria” y “socialdemócrata”, Miller plantea que existe una justificación convincente para la autoridad del poder del gobierno sobre la inmigración, enraizada en la idea de la autodeterminación colectiva, a la vez que los valores humanitarios y democráticos limitan la forma en que se puede ejercer el poder de inmigración de un gobierno.

Ahora bien, a poco de concluir el presente trabajo cabe preguntarse por los impactos concretos que el modelo de fronteras “porosas” a la inmigración ha de tener en el marco de un Estado constitucional democrático. Esta será la tarea que emprenderemos en el próximo y último capítulo, donde tomaremos una muestra de mecanismos de control a la inmigración particularmente problemáticos por la coactividad que pueden llegar a involucrar (las exclusiones migratorias y la medida de expulsión), y colocaremos a prueba el diseño y la implementación que éstos mecanismos tienen en la mayoría de Estados contemporáneos, para juzgar su compatibilidad con las exigencias básicas que el modelo de Estado constitucional democrático involucra, según hemos revisado hasta aquí.

## Capítulo V

### EXCLUSIONES MIGRATORIAS: JUICIO A SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA Y ADJETIVA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

#### I. Introducción

Como hemos planteado en varias ocasiones hasta aquí, el control migratorio es el rostro menos amigable de la política migratoria de cualquier Estado. Por su intermedio, no solo se imponen determinadas condiciones o exigencias a la hora de autorizar la admisión, permanencia o la residencia definitiva de las personas migrantes en el territorio estatal, sino que además se inspecciona o verifica que dichas exigencias han sido cumplidas, y se adoptan medidas tendientes al restablecimiento de la juridicidad quebrantada cuando esto no ocurre. La política de control migratorio es por sí misma un dispositivo de exclusión de una parte de quienes persiguen materializar un proyecto de vida fuera de las fronteras del Estado en que han nacido. Ahora bien, tal y como hemos igualmente señalado con anterioridad, se trata de una exclusión legítima en determinados casos, y es por ello que planteamos la conveniencia de un modelo de “fronteras porosas” a la inmigración en un Estado constitucional democrático.

A la vez que por medio de este modelo de fronteras se legitiman las competencias que los Estados tienen para la gestión de los flujos migratorios en su territorio, también se demanda el cumplimiento de exigencias mínimas de justicia y racionalidad en el diseño y la implementación de las políticas de control migratorio, que no pueden ser desatendidas bajo ningún pretexto. Aquello resulta particularmente relevante cuando se piensa en medidas que involucran el ejercicio de la coacción estatal, como la inadmisión, el reembarco, devolución, expulsión, o deportación. En principio, la adopción de cualquiera de estas medidas es legítima, gozando además de un sólido fundamento jurídico tanto a nivel internacional como en el derecho doméstico de los Estados. Sin embargo, el control a la inmigración debe ejercerse de manera calificada, lo que excluye la adopción de una serie de medidas y prácticas que, por ejemplo, discriminen arbitrariamente a la personas migrantes o lesionen otros de sus derechos en su vinculación con la autoridad.

Más allá de las reflexiones filosóficas y de los modelos teóricos a los que hemos dedicado espacio en el capítulo anterior, resulta indispensable concluir este trabajo regresando al examen dogmático para preguntarnos por las consecuencias concretas que la adopción de un modelo de

“fronteras porosas” como el que hemos planteado habría de tener en el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración. Para ello, tomaremos una muestra dentro de los mecanismos de los que la política migratoria se hace valer para controlar el ingreso, la permanencia y salida de personas migrantes, y haremos un juicio del modo en que éstos suelen desplegarse en muchos Estados contemporáneos, a la luz de la vigencia de un Estado constitucional democrático.

Tomaremos como referencia un aspecto específico de cualquier política de control a la inmigración: la “exclusión migratoria”, es decir, el conjunto de medidas en virtud de las cuales la autoridad estatal decide que ciertas personas no reúnen las condiciones para ingresar y/o permanecer en su territorio, disponiendo por tanto su inadmisión, el rechazo o revocación de un permiso de residencia, su abandono “voluntario” del territorio o la expulsión del mismo haciendo uso de la coacción. Es decir, se trata de un conjunto de medidas y prácticas por medio de las cuales el Estado “aparta” a ciertas personas, por considerar que su presencia amenaza o afecta el interés general.

La “exclusión migratoria” constituye una manifestación paradigmática de ejercicio del control migratorio, estando presente desde las primeras legislaciones de extranjería, que como mencionábamos en el capítulo anterior, resultaban moralmente reprochables en muchos aspectos. En efecto, tradicionalmente y so pretexto de proteger a la nación de elementos que dañaran al cuerpo social, las legislaciones de extranjería comenzaron con la exclusión de extranjeros portadores de determinados rasgos considerados negativos<sup>1172</sup>. Durante mucho tiempo se ha entendido que el ciudadano extranjero que deseara integrarse a la sociedad debía portar consigo todas aquellas cualidades de las que podría beneficiarse a futuro el colectivo social. Quienes no cumplieren con dichas cualidades debían ser excluidos, prohibiendo su ingreso o siendo expulsados. En 1907, Francisco de Paula Lacerda de Almeida, jurista y político brasileño ilustraba, en términos hoy cuestionables, el fundamento de estas políticas de exclusión al señalar que:

“El Estado es un organismo: real o análogamente al de los de otros organismos, la vida orgánica del Estado presenta los mismos fenómenos que la de los organismos vivos. Estos repelen la ingesta de sustancias nocivas y expelen las que no pueden asimilar”<sup>1173</sup>.

Ya hemos planteado que no es posible sostener que el origen cuestionable de las políticas de control migratorio afecte hasta nuestros días la legitimidad de las competencias estatales que éste

---

<sup>1172</sup> SCHWARZ, 2012, pp. 40-45.

<sup>1173</sup> LACERDA DE ALMEIDA, 1907, p. 9, traducción propia.

involucra. Sin embargo, resulta fundamental reflexionar en qué medida existen motivos de exclusión que resultan admisibles y necesarios, y otros que deben derechamente desecharse. De igual forma, resulta fundamental reflexionar en torno al impacto de aquellas exigencias procedimentales que descartan ciertas formas en que dicha exclusión puede materializarse.

El propósito de este último capítulo es aterrizar el andamiaje teórico y dogmático que nos hemos propuesto desarrollar a lo largo de este trabajo a una muestra de mecanismos concretos por medio de los cuales los Estados contemporáneos ejercen sus competencias en materia de control a la inmigración. Mecanismos como la inadmisión, el rechazo en frontera, o la expulsión del país. Estos mecanismos comparten el que por su intermedio los Estados materializan la exclusión de personas migrantes, pero su análisis exige distinguir entre una dimensión sustantiva y su dimensión adjetiva. La primera refiere a los motivos o razones de fondo que se invocan para la exclusión. La segunda refiere a los procedimientos por medio de los cuales se concreta la exclusión.

El presente capítulo se estructura en dos grandes secciones. La primera de ellas aborda la dimensión sustantiva de la exclusión migratoria, y en ésta someteremos a juicio los principales motivos o razones por las cuales los Estados han justificado la exclusión de personas migrantes: raciales, étnicos o culturales, ideológicos, médicos o sanitarios, delictuales o penales, y socioeconómicos. Plantearemos que mientras existen algunos motivos de exclusión ilícitos e ilegítimos, existen otros que sí son admisibles e incluso virtuosos si se considera el interés general de la comunidad receptora. La segunda de las secciones, en tanto, aborda la dimensión adjetiva o procedimental de la exclusión migratoria. En ella, junto con plantear que el cumplimiento de exigencias derivadas del derecho a un debido proceso se extiende a todas las medidas estatales que involucran un abandono o egreso forzoso del territorio de un Estado por parte de una persona migrante, desarrollaremos un rasgo particularmente problemático en esta materia, como es la institución de la “detención migratoria” o privación de libertad de personas migrantes en el contexto de la expulsión.

## **II. Dimensión material o sustantiva de la exclusión de personas migrantes: juicio a las causales de inadmisibilidad migratoria**

Una primera dimensión de la exclusión migratoria es la que aquí denominaremos dimensión “material” o “sustantiva”, y que se encuentra asociada al conjunto de razones o motivos que los Estados han invocado tradicionalmente para apartar a una persona migrante de sus fronteras,

impidiéndole el ingreso o procediendo al abandono o egreso forzoso de su territorio<sup>1174</sup>. Tal y como planteamos en nuestro segundo capítulo, el orden jurídico internacional reconoce a los Estados competencias en materia de admisión de personas migrantes, y de visar o autorizar su permanencia o residencia dentro del territorio, cuestión que involucra el establecimiento de prohibiciones de ingreso o causales de inadmisibilidad migratoria que involucran el rechazo o la revocación de un permiso de residencia, y el ulterior abandono voluntario o forzoso del país.

En el Estado constitucional democrático, el modelo de fronteras porosas legitima una exclusión calificada y proporcional, que demanda el establecimiento de condiciones de admisión y permanencia que no lesionen derechos fundamentales básicos para las personas migrantes, siendo particularmente relevante a este respecto la vigencia del estándar de no discriminación arbitraria en contra de las personas migrantes atendiendo a criterios sospechosos como el origen nacional, étnico o racial, sexo, género, orientación sexual, religión, idioma, condición socioeconómica, por mencionar algunos de los más importantes de acuerdo a la revisión que hicimos sobre esta exigencia como estándar internacional transversal, que no solo tiene su fuente en el derecho internacional convencional, sino que en la costumbre internacional y también en el derecho interno de los Estados<sup>1175</sup>.

Tal y como ha planteado Song, “cuando un Estado deniega la admisión de potenciales migrantes, éste debe proveer buenas razones para hacerlo”<sup>1176</sup>. Entre estas “buenas razones” no se encuentra la exclusión basada en la raza, etnia, religión o sexualidad de quienes migran, por tratarse de motivos que no conectan con ningún objetivo legítimo que un Estado democrático pueda perseguir<sup>1177</sup>. Ahora bien, la misma autora sostiene que la exclusión de aquellas personas que representan “una amenaza genuina para la seguridad nacional” sí se encuentra justificada atendiendo al interés colectivo de la comunidad política. Como ella misma advierte, eso ha sido igualmente problemático pues es frecuente que la autoridad estatal se ampare en la indeterminación

---

<sup>1174</sup> Por lo general, dichas regulaciones establecen determinados presupuestos bajo los cuales se impide el ingreso de determinados extranjeros que desean ingresar al territorio de un Estado. Dichos presupuestos suelen denominarse “causales de inadmisibilidad” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, 2019, p. 11), “motivos de exclusión” o “prohibiciones de ingreso”, y son establecidos en ejercicio del derecho soberano de los Estados a oponerse a la entrada en su territorio de extranjeros considerados “indeseables” o que no reúnan las condiciones exigidas por éstos.

<sup>1175</sup> Como indicábamos en nuestro segundo capítulo, los Estados cuentan con un margen de diferenciación permisible que puede servir a intereses legítimos para el Estado de acuerdo al derecho internacional. Sin embargo, las distinciones realizadas por los Estados en ejercicio de sus competencias de control a la inmigración deben cumplir exigencias de objetividad y razonabilidad para la consecución de un objetivo legítimo.

<sup>1176</sup> SONG, 2019, p. 159.

<sup>1177</sup> SONG, 2019, p. 161.

de muchas de las expresiones empleadas en la legislación migratoria para aplicar exclusiones arbitrarias<sup>1178</sup>.

Ahora bien, junto con los criterios sustantivos de exclusión que aquí nos interesa abordar, existen criterios sustantivos de inclusión que compiten, limitan y hasta derrotan, en ocasiones, a los primeros. El estatuto jurídico de quienes han debido migrar huyendo de la persecución o la guerra es un buen ejemplo, aunque, como ha quedado en evidencia a lo largo de este trabajo, se trata de un ámbito que deliberadamente no hemos tratado. Piénsese entonces, por ejemplo, en la protección de la infancia y adolescencia migrantes o en la “protección complementaria” que ampara a quienes presentan alguna necesidad de protección humanitaria, aunque no reúnen los elementos para ser consideradas solicitantes de asilo o refugiados. Lo mismo puede decirse de la unidad familiar, de la protección a víctimas de trata de personas o a mujeres víctimas de violencia de género. Estos “criterios de inclusión” no serán abordados aquí, sin perjuicio de las referencias realizadas en nuestro segundo y tercer capítulo. Conviene dejar en claro que el ejercicio que realizaremos presenta dicha limitación.

Dicho esto, pasaremos revista a los principales motivos, razones o justificaciones que los Estados han invocado, en el pasado y hasta nuestros días, para excluir a ciertas personas migrantes tanto *de iure*, a través de la consagración explícita de prohibiciones de ingreso o causales de inadmisibilidad migratoria en sus legislaciones migratorias, como *de facto*, a través de prácticas de los operadores del sistema, como agentes fronterizos, policías o funcionarios. Comenzaremos con las exclusiones por motivos raciales, étnicos o culturales, para luego desarrollar sucesivamente las exclusiones por motivos ideológicos, sanitarios, penales y socioeconómicos. Respecto a cada una de ellas, abordaremos sus antecedentes, fundamentos y examinaremos la compatibilidad de las mismas a la luz del marco de principios básicos que involucra la vigencia de un Estado constitucional democrático, que aquí nos propondremos aterrizar.

### **1. Exclusiones por motivos raciales, étnicos o culturales**

Podría decirse que el primer criterio aplicado por muchos Estados a la hora excluir personas migrantes ha sido el que atiende a su origen racial o étnico, y más contemporáneamente a su cultura (idioma, religión, costumbres). En el caso de las consideraciones raciales o étnicas, éstas han formado parte del diseño e implementación de la ley migratoria, de maneras más o menos explícitas

---

<sup>1178</sup> SONG, 2019, p. 161.

a lo largo de la historia<sup>1179</sup>. Las tesis desarrolladas por el llamado “racismo científico” que formuló y popularizó (con éxito) una verdadera taxonomía de seres humanos atendiendo al color de su piel, cabello, ojos, o al tamaño y forma de la cabeza, incidieron también en las políticas y prácticas estatales del control a la inmigración<sup>1180</sup>. La tesis de razas humanas más y menos perfectas, considerada una verdad científicamente validada durante el s. XIX y parte del s. XX (y a partir del “darwinismo social”) justificó políticas migratorias excluyentes con aquellas razas consideradas “inferiores” y, por tanto, “indeseables”.

El ideal de Estado-Nación tan extendido en el mundo desde la modernidad, consideró la homogeneidad racial, étnica y cultural como una parte imprescindible de la identidad y unidad estatal. Ello no solo justificó, hacia adentro, prácticas de exterminio, reducción o asimilación cultural de los pueblos originarios o primeras naciones, por parte de nuevos Estados que, a la postre del s. XIX, iniciaban o consolidaban su existencia políticamente independiente<sup>1181</sup>. Además, justificó, hacia afuera, la adopción de políticas de control migratorio excluyente con ciertas personas consideradas “indeseables” por su pertenencia a un determinado colectivo racial, considerado inferior dentro de la escala taxonómica racial y, en consecuencia, considerados peligrosos para la conservación de la pretendida homogeneidad étnica de la población.

Tal como planteamos en el capítulo anterior, una tesis difícilmente refutable sostiene que el control de la inmigración es una institución jurídica que hunde sus raíces en la discriminación racial, en la hostilidad a ciertos grupos humanos percibidos como inferiores, y no en la declarada preocupación estatal por un poblamiento desmedido o los impactos de la inmigración en el mercado

---

<sup>1179</sup> FINE, 2019 p. 131.

<sup>1180</sup> “En el siglo XIX surgieron toda una serie de teorías que explicaban cualquier variación humana basándose en características raciales innatas (...) En primer lugar, que la humanidad podía dividirse en un limitado número de razas distintas e inalterables, y que la raza era el concepto clave para entender la variación humana. En el segundo, que había distintos atributos físicos que caracterizaban a las diferentes razas, en particular el color de la piel, los rasgos faciales, la textura del pelo y, con la creciente influencia de la frenología, el tamaño y la forma del cráneo. En tercer lugar, que cada raza estaba innatamente asociada a definidas características sociales, culturales y morales. En cuarto, que las razas podían ser ordenadas en una jerarquía coherente de talento y belleza, con los blancos en lo más alto y los negros en la parte inferior”. RATTANSI, 2021, pp. 41-42.

<sup>1181</sup> “Para alcanzar este ideal de una sociedad y organización política homogénea, los gobiernos, a lo largo de la historia, han seguido diversas políticas con respecto a las minorías culturales. Algunas minorías fueron físicamente eliminadas, ya fuese mediante expulsiones masivas (lo que hoy se denomina “limpieza étnica” o bien mediante el genocidio. Otras minorías fueron asimiladas de forma coercitiva, forzándolas a adoptar el lenguaje, la religión y las costumbres de la mayoría. En otros casos, las minorías fueron tratadas como extranjeros residentes, sometidas a segregación física y discriminación económica, así como a privación de derechos políticos”. KYMLICKA, 1996, p. 14.



laboral, o el acceso a la vivienda, salud o educación<sup>1182</sup>. Para algunos, dicho origen vergonzoso ha seguido reproduciéndose a lo largo de la historia de las leyes migratorias, promoviendo o permitiendo directa o indirectamente la consecución de fines racistas, de manera tal que la única respuesta adecuada a esta situación es “abolir o reformar cualquier institución que opere en base al racismo, o de lo contrario la distorsione”<sup>1183</sup>.

En este entendido, han sido numerosos los Estados que a lo largo de su historia han prohibido el ingreso, denegado la residencia o concesión de la nacionalidad a quienes “no sean de la raza o ascendencia adecuadas”<sup>1184</sup>. Uno de los casos más emblemáticos ha sido el de los Estados Unidos de América, que en el año 1882 prohibió a nivel federal el ingreso de inmigrantes chinos, que por entonces poblaban numerosamente la costa oeste de dicho país. El argumento contra la inmigración china se construyó entonces a partir de una serie de mitos y estereotipos que asociaban a dicha población con determinadas enfermedades infecciosas o con prácticas sexuales abominables<sup>1185</sup>.

Pero no solo los inmigrantes chinos fueron excluidos por motivos raciales o étnicos en dicho país. También fueron foco de políticas migratorias excluyentes inmigrantes europeos que, aunque “blancos”, fueron considerados racialmente inferiores a la población “nórdica” y “anglosajona” del norte de Europa. En su momento fue el caso de la llamada raza “celta” o “irlandesa”, que, aunque inicialmente considerada sospechosa e indeseable (por raza y religión), su capacidad de asimilación con la población estadounidense la colocó en una posición menos desaventajada que “eslavos”, “judíos”, “mediterráneos” o “alpinos”, considerados clases de “blancos inferiores”<sup>1186</sup>.

En cuanto a lo que al Reino Unido respecta, su Ley de Extranjería de 1905 estuvo principalmente dirigida a desincentivar la inmigración judía proveniente de Europa del Este<sup>1187</sup>, tal y como su Ley de 1948 tuvo por propósito excluir a inmigrantes afrodescendientes de países miembros de la *Commonwealth*. Tras la Segunda Guerra Mundial, las leyes de ciudadanía británica fueron cada vez más racializadas, luego de décadas de aplicación de criterios laxos de

---

<sup>1182</sup> HAYTER, 2000, p. 21; FINE, 2019, p. 129. Cole sostiene que "la historia del racismo en inmigración muestra que la tendencia de los Estados a usar su derecho a excluir por motivos racistas y moralmente repugnantes ha sido una característica común". COLE, 2000, p. 133.

<sup>1183</sup> SHELBY, 2012, p. 346; FINE, 2019, p. 133.

<sup>1184</sup> DUMMETT, 2004, p. 19.

<sup>1185</sup> Se sostuvo, por ejemplo, que los inmigrantes chinos significaban un peligro para los Estados Unidos de América en el plano sexual: las prostitutas chinas provocaban "contaminación moral y racial" a través de sus relaciones interraciales, mientras que los hombres chinos atraían a mujeres blancas puras e inocentes a sus “guaridas de vicio y depravación”. LEE, 2019, pp. 75-76.

<sup>1186</sup> LEE, 2019, pp. 114-115.

<sup>1187</sup> MILLER, 2016b, p. 4.

reconocimiento de la ciudadanía británica a cualquier persona nacida dentro de los territorios coloniales y Estados miembros parte de la Mancomunidad de Naciones<sup>1188</sup>. Lo propio hicieron antiguas colonias británicas, ahora independientes, en el contexto de su formación como “Estados-Nación”. Canadá y Australia implementaron políticas migratorias racialmente excluyentes (las políticas de *White Canada*<sup>1189</sup> y de *White Australia*<sup>1190</sup>), por medio de las cuales dichos Estados, recientemente emancipados del colonialismo británico, persiguieron su construcción nacional con un componente eminentemente étnico.

El desarrollo y consolidación de un estándar de no discriminación (racial, étnica y de todo tipo) en el derecho interno de la mayoría de los Estados, y también en el orden internacional, a través de instrumentos como la Declaración y luego la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial (1960 y 1965 respectivamente), demandó la supresión de las exclusiones racialmente discriminatorias presentes hasta entonces en diferentes legislaciones migratorias. Es por ello que hoy en día, en general, los Estados democráticos y liberales declaran su compromiso con el derecho de toda persona a no ser discriminada por motivos raciales o étnicos, y condenan políticas y prácticas que afectan el ejercicio de dicho derecho, también en materia de control a la inmigración<sup>1191</sup>. Existe consenso en que hoy las doctrinas de superioridad racial son “científicamente falsas, moralmente condenables, socialmente injustas y peligrosas, por lo que deben rechazarse”<sup>1192</sup>.

Sin embargo, no es necesario ahondar muy profundamente en la aplicación de las leyes migratorias para evidenciar que la eliminación de las exclusiones raciales de la letra de estas leyes no ha conseguido erradicar del todo las prácticas racialmente excluyentes de agentes del Estado frente a determinados colectivos de personas migrantes. La abolición de la discriminación directa no ha impedido la continuidad de prácticas de discriminación indirecta, por ejemplo, cuando los criterios aplicados por la autoridad favorecen claramente a personas con determinado fenotipo, o

---

<sup>1188</sup> MILLER, 2007, p. 218-219.

<sup>1189</sup> Desde 1886, se implantan en Canadá una serie de iniciativas orientadas a contener la inmigración asiática. Entre ellas, destacan, por ejemplo, la imposición de un impuesto a los trabajadores chinos o la prohibición de convertirse en agricultores. Durante la primera década del s. XX se inaugura la *White Canada Policy*, tras la aprobación de la Ley de Inmigración de 1910, que estableció la prohibición de entrada de aquellos inmigrantes de cualquier raza considerada como inconveniente o incompatible. LÓPEZ SALA, 2005, pp. 71-72.

<sup>1190</sup> En 1901, una de las primeras leyes del nuevo parlamento federal australiano fue la *Immigration Restriction Act* que implantó la denominada *White Australia Policy*, una política que promovía la llegada de población de ascendencia anglosajona y que prohibía la inmigración asiática. LÓPEZ SALA, 2005, p. 74.

<sup>1191</sup> FINE, 2019, p. 131.

<sup>1192</sup> SOLANES CORELLA, 2019, p. 36.

cuando existe una aplicación selectiva o más rigurosa de la ley migratoria por parte de policías o funcionarios si se trata de migrantes portadores de determinados rasgos físicos que dan cuenta de su origen étnico o racial<sup>1193</sup>.

En las sociedades democráticas actuales sigue existiendo un racismo de carácter institucional, estructural y sistemático<sup>1194</sup>. Una de las manifestaciones de este racismo institucional en el contexto de control a la inmigración son las identificaciones por perfil racial o étnico realizadas por las policías o cuerpos de seguridad, que son un ejemplo del llamado fenómeno del “Derecho Administrativo del enemigo” al que hicimos referencia en nuestro primer capítulo<sup>1195</sup>. En España, por ejemplo, se ha señalado como una *praxis* nociva las identificaciones basadas únicamente en criterios raciales o étnicos<sup>1196</sup>. Por ejemplo, se ha planteado que la policía trata peor a personas de determinada raza o grupo étnico, como gitanos, magrebíes y afro-latinoamericanos, identificándoles y controlándoseles hasta diez veces más que a otras personas<sup>1197</sup>. Respecto a este caso, por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó a España revisar su legislación interna que daba lugar a interpretaciones que se traducían en detenciones indiscriminadas y restricción de derechos a personas migrantes atendiendo al perfil racial<sup>1198</sup>.

Otra problemática que subsiste y se ha acentuado en ciertas latitudes pese a la abolición de las exclusiones étnicas o raciales directas, tiene que ver con lo que algunos han venido en denominar un “nuevo racismo”, de corte “culturalista”, pero que obedece a los mismos propósitos de clasificación y exclusión<sup>1199</sup>. En efecto, “la exacerbación de la xenofobia, del miedo y del desprecio a quienes se perciben como culturalmente distintos e inferiores toma el relevo del desacreditado

---

<sup>1193</sup> DUMMETT, 2004, p. 74. Además, los inmigrantes reportan regularmente experiencias racistas a manos de funcionarios de inmigración y agentes de cumplimiento. Los exámenes oficiales sobre el manejo de detenidos en los centros de detención de inmigrantes en Gran Bretaña han “registrado un catálogo de comportamiento racista en el sistema”. FINE, 2019, p. 132.

<sup>1194</sup> SOLANES CORELLA, 2019, p. 37; AÑÓN ROIG, 2006a. En lo que a jurisprudencia respecta, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha empleado dicha expresión, “racismo institucional”, para dar cuenta de este tipo de situaciones, por ejemplo, en el fallo Lingurar contra Rumanía. En este caso, una familia romaní de nacionalidad rumana fue víctima de una redada por parte de 85 agentes de policía en una comunidad gitana de Rumanía. Los agentes irrumpieron en su casa, les golpearon y se llevaron a dos personas para interrogarlas en la comisaría, poniéndoles en libertad al día siguiente tras acusarlas de cortar madera ilegalmente. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lingurar c. Rumania, 2019.

<sup>1195</sup> SOLANES CORELLA, 2020a, pp. 807, 808, 810, 812.

<sup>1196</sup> GARCÍA AÑÓN, 2013; ARENAS GARCÍA y GARCÍA ESPAÑA, 2016.

<sup>1197</sup> GARCÍA AÑÓN *et. al.*, 2013.

<sup>1198</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2011.

<sup>1199</sup> LÓPEZ SALA, 2005, p. 107. Solanes ha dado cuenta de la evolución que ha experimentado el racismo, donde a partir de la década de los ochenta comienza a imponerse un “racismo sin razas”, que deja atrás las diferencias raciales o biológicas, y pone el acento en las diferencias étnicas y en la imposibilidad de conjugar la convivencia entre distintas culturas. SOLANES CORELLA, 1998, pp. 128-131.

racismo directamente biológico”<sup>1200</sup>. Este ya no coloca el foco en criterios de tipo biológico en relación con los potenciales inmigrantes, sino en aspectos propios de su cultura, como la lengua, las costumbres y, sobre todo, la religión. Hay países en que la religión es considerada un aspecto clave de su identidad nacional, como lo fueron los llamados “reinos cristianos” en el pasado<sup>1201</sup>, y como ocurre actualmente con el Estado de Israel o los Estados teocráticos islamistas<sup>1202</sup>.

Pero no exclusivamente en estos países la inmigración culturalmente diversa ha sido considerada una amenaza a la identidad nacional, y combatida a través de prácticas excluyentes durante la aplicación de la ley migratoria. Como planteamos en su oportunidad, la tesis del “choque de civilizaciones” desarrollada por Huntington y de la incompatibilidad del islam con la cultura europea desarrollada por Sartori, han servido de base para que distintos gobiernos del mundo occidental también implementen “soterradamente” prácticas de esta naturaleza, pese a que contradigan abiertamente principios básicos de la forma de organización constitucional democrática. Ello ha demostrado que el deseo de excluir al diferente nunca ha desaparecido, sino que solo se ha “mimetizado” entre el conjunto de instituciones de control a la inmigración que, en su letra pueden ser respetuosas del estándar de no discriminación, no así en su aplicación.

Aunque han existido pensadores contemporáneos que, como Walzer, parecen justificar la exclusión migratoria por motivos de raza<sup>1203</sup>, resulta bastante claro que un Estado constitucional democrático que se precie de tal está impedido, *de iure* y *de facto*, a excluir a potenciales migrantes exclusivamente por motivos asociados a su origen racial o étnico, como tampoco a su lengua, religión o costumbres. Tal y como ha planteado Carens, el hecho que, en el plano privado, alguien pueda legítimamente considerar alguno de dichos rasgos a la hora de entablar una relación de amistad o amorosa, no significa que, en el plano público, un Estado pueda hacer lo mismo al abordar el fenómeno de la inmigración. Mientras en el primer plano prevalece la “libertad de asociación” como principio clave, en el segundo plano prevalece, en cambio, la “igualdad de

---

<sup>1200</sup> ÁLVAREZ DORRONSORO, 1994, p. 42

<sup>1201</sup> Esto fue así en casi todos los países europeos durante la Edad Media y aún varios siglos después: se autoproclamaban Reinos Cristianos. En tanto que Estados cristianos daban por supuesto su derecho a expulsar cuando quisieran a musulmanes o judíos.

<sup>1202</sup> DUMMETT, 2004, p. 19. “Lo que no se puede defender bajo ninguna circunstancia es la discriminación por motivos de raza, sexo o, en la mayoría de los casos, la religión, la religión podría ser un criterio relevante solo cuando continúe formando una parte esencial de la cultura pública, como en el caso del estado de Israel. MILLER, 2005, p. 204.

<sup>1203</sup> “Walzer parece aceptar el derecho de un estado de excluir a inmigrantes por motivos racistas. Infiero esto de su discusión sobre la “*White Australia Policy*”, la política de reclutar activamente inmigrantes de Gran Bretaña, al mismo tiempo que se excluía a los no europeos. En lugar de condenar esta práctica por completo, Walzer invoca algo similar al principio de deterioro de Locke e insiste solo en que Australia no tiene derecho a excluir a los no blancos dada la cantidad de territorio no utilizado que disfruta actualmente”. WELLMAN, 2011, p. 144 (traducción propia).

trato”<sup>1204</sup>. Esta última constituye la exigencia más básica del estándar de no discriminación, y uno de los rasgos menos discutibles cuando se piensa en un diseño del control a la inmigración que sea propio de una legislación migratoria democrática y liberal.

A pesar de su génesis racista, autores como Dummett señalan que es posible pensar en un control migratorio que no discrimine racialmente y que, cualquiera sea la configuración particular de una política de control a la inmigración, una primera exigencia es que esta no resulte racialmente discriminatoria<sup>1205</sup>. En ninguna circunstancia puede defenderse la discriminación de los potenciales inmigrantes por motivos raciales<sup>1206</sup>, cuestión que al menos en el discurso parece haber sido incorporada por los Estados. Reflejo de ello es que, en el estado actual de las cosas, la presencia de exclusiones raciales explícitas en las legislaciones migratorias ha dejado de significar, en general, un problema para la vigencia del Estado constitucional democrático.

En la actualidad, las principales dificultades que el cumplimiento del estándar de no discriminación enfrenta en esta materia tienen que ver, más bien, con la pervivencia de prácticas discriminatorias que excluyen soterradamente a potenciales migrantes portadores de ciertos rasgos étnicos, raciales y también, cada vez más, culturales, considerados “indeseables”, favoreciendo, en cambio, a los que sí cumplen con el cuestionable estándar de selectividad y deseabilidad. También ha sido relativamente frecuente por parte de los Estados “canalizar” esta clase de exclusiones a través de mecanismos institucionales, aduciendo motivos “no discriminatorios” que pretenden “legitimar” dichas medidas<sup>1207</sup>.

---

<sup>1204</sup> "Existe una profunda tensión entre el derecho a la libertad de asociación y el derecho a la igualdad de trato. Una forma de abordar esta tensión es decir que en la esfera privada prevalece la libertad de asociación y en el ámbito público la igualdad de trato hace. Puede elegir a sus amigos según los criterios que desee, pero al seleccionar a las personas para cargos debe tratar a todos los candidatos de manera justa (...) Por lo tanto, el hecho de que los clubes privados puedan admitir o excluir a quien ellos elijan no dice nada sobre el estándar de admisión apropiado para los Estados. Cuando el Estado actúa, debe tratar a los individuos por igual". CARENS, 1987, pp. 267-268.

<sup>1205</sup> DUMMETT, 2004, p. 71-74. En el mundo tal cual es, ningún Estado debería considerar la raza, la religión o la lengua como algo esencial a su identidad (p. 20). Una cultura puede ser sumergida sin necesariamente la presencia de inmigrantes, como es el caso de la expansión de la cultura estadounidense (p. 28). El deseo de conservar la pureza racial de la población nativa es una base categóricamente no válida para rechazar a determinada clase de inmigrantes o a los inmigrantes en general (p. 71).

<sup>1206</sup> SONG, 2019, p. 161. Wellman argumenta que un estado no tiene permitido "instituir una política de inmigración que excluya la entrada a los miembros de una raza dada porque dicha política irrespetaría erróneamente a esos ciudadanos en la categoría preferida". WELLMAN, 2008, p. 139.

<sup>1207</sup> Ha sido, por ejemplo, el caso de la suspensión del programa de solicitantes de asilo para nacionales de un conjunto de países de Medio Oriente durante el gobierno de Trump, a la que hicimos referencia en nuestro primer capítulo. Lo mismo puede decirse de medidas como el llamado “Plan Humanitario de Regreso Ordenado”, respecto al cual se ha planteado que “(...) no son infundados los temores de la sociedad civil sobre (éste), ya que, al haberse aplicado primeramente a la comunidad haitiana, incluso en casos donde se ha solicitado formalmente asilo o ya se goza del estatus de refugiado, se refuerza la idea de que dicho plan constituye una deportación velada”. ANDRADE MORENO, 2019, p. 109; STANG ALVA, LARA EDWARDS Y ANDRADE MORENO, 2020.

Ante esto, se ha planteado la necesidad de favorecer una lucha contra la discriminación racial o étnica más efectiva y eficaz, consolidando los instrumentos de protección del derecho antidiscriminatorio, fortaleciendo los estándares jurisprudenciales y desarrollando la función de los organismos especializados para la promoción de la igualdad<sup>1208</sup>. De igual manera, una formación policial y funcionaria “en derechos”, la configuración de mecanismos idóneos para el control de los actos administrativos y la tutela jurisdiccional de los derechos de quienes migran resulta clave para hacer frente a los resabios de viejas políticas de control excluyentes y homogeneizadoras con relación a la población de un Estado en cuestión.

## 2. Exclusiones por motivos ideológicos

Un segundo criterio de exclusión se ha relacionado con razones asociadas a la ideología o el pensamiento político de las personas migrantes, buscando resguardar cualquier acto que objetiva o subjetivamente pueda significar una amenaza para el sistema político del país<sup>1209</sup>. La ley migratoria y algunos de sus dispositivos de control como las prohibiciones de ingreso o la expulsión se han utilizado como instrumentos para eliminar o prevenir la propagación de “ideas radicales”, consideradas una amenaza para los intereses de los Estados receptores<sup>1210</sup>. La categoría de “extranjero subversivo” ha estado presente a lo largo de la historia de la regulación estatal de la inmigración en la mayoría de los Estados, y ha sido aplicada con mayor o menor frecuencia por la autoridad cuando se trata de excluir del espacio estatal a personas consideradas “indeseables” por sus ideas.

Es poco conocido el hecho que las exclusiones por razones ideológicas incluso preceden históricamente a las exclusiones étnicas o raciales revisadas con anterioridad. Como ha señalado Bill Hing, la primera disposición conocida sobre expulsión, que data de 1798, estaba relacionada con la ideología política. En dicho año, y anticipándose a la Guerra con Francia, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Alien and Sedition Acts*, que autorizó la deportación de extranjeros varones mayores de catorce años que criticaran al gobierno<sup>1211</sup>. Sin embargo, es realmente durante el primer cuarto del s. XX cuando estas exclusiones adquieren la identidad que le acompañará

---

<sup>1208</sup> SOLANES CORELLA, 2019, pp. 61-64.

<sup>1209</sup> FEDDERSEN, 2022, p. 302.

<sup>1210</sup> MAIRA, 2010, p. 307. La autora piensa en el contexto estadounidense, para el cual plantea que tradicionalmente la ley migratoria ha sido empleada no solo para remover y reprimir “cuerpos” y “organizaciones”, sino que también “ideas”, consideradas ajenas a los intereses imperialistas del Estado, en cuanto se oponen a las políticas claves de la expansión económica neoliberal y la dominación política que han inspirado el proyecto político de dicho país.

<sup>1211</sup> MAIRA, 2010, pp. 305-308; HING, 2004, p. 209; CHANG, 2002, p. 22.

durante las décadas sucesivas y hasta comienzos del s. XXI. A partir de entonces, la mayoría de las leyes migratorias se enfocaron en combatir determinadas ideologías políticas consideradas “subversivas” contra el orden político establecido, particularmente el socialismo, el comunismo y el anarquismo.

Estados Unidos aprobó en 1917 la *Espionage Act* y en 1918 la *Anarchist Act*, dirigidas a perseguir a “extranjeros subversivos” anarquistas y socialistas. La Guerra Fría, en tanto, impulsó un “terror rojo” que motivó verdaderas “cacerías de brujas” anticomunistas que se extendieron por décadas, y que solo entraron en un declive con la “cacería de brujas” antiterrorista de este siglo<sup>1212</sup>. En el sentido opuesto, la Unión Soviética estableció vía decreto el año 1921 la exclusión de aquellos extranjeros “cuyo estilo de vida, actividad o conducta sean considerados incompatibles con los principios y el conjunto de la vida de un Estado obrero y campesino”<sup>1213</sup>.

La exclusión ideológica de personas migrantes llegó también a las leyes de extranjería de América Latina, con el auge de los movimientos sociales y obreros, en cuyo impulso y liderazgo jugaron un papel central migrantes recientemente llegados de países europeos como Italia o España. En 1902, Argentina promulga su Ley de Residencia, siendo la primera experiencia regional que consideró la exclusión en frontera o la expulsión del territorio, sin control judicial, de todo extranjero “cuya conducta comprometiera la seguridad nacional o el orden público”<sup>1214</sup>. A dicho país le siguieron otros que establecieron exclusiones similares. Brasil adoptó en 1907 una Ley de Expulsión que permitió la exclusión de aquellos extranjeros que “provocaran manifestaciones contrarias al orden establecido” o que “pusieran en peligro la paz pública”<sup>1215</sup>.

El caso de Chile es particularmente elocuente a este respecto. Como mencionamos en nuestro tercer capítulo, la génesis histórica del control a la inmigración en este país se relaciona directamente con el hecho que las cúpulas dirigenciales de muchos movimientos de base obrera estuvieran integradas por inmigrantes importadores de ideologías como el anarquismo y el socialismo, consideradas “ideas disolventes, anarquistas, maximalistas, revolucionarias”<sup>1216</sup>. En

---

<sup>1212</sup> MAIRA, 2010, pp. 305-308.

<sup>1213</sup> NUÑO BALMACEDA, 2014, p. 94. Decreto sobre la expulsión de extranjeros del Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, 1921, artículo 1º.

<sup>1214</sup> ACOSTA, 2018, p. 96. Ley N° 4.144 de Residencia (Argentina), 1902, artículos 2 y 3.

<sup>1215</sup> ACOSTA, 2018, p. 96. Decreto N° 1641 sobre expulsión de extranjeros del territorio nacional (Brasil), 1907. Según señala Acosta, esta categorización tan amplia daba gran margen de maniobra a las autoridades administrativas. En algunos casos, se prohibió a los extranjeros cualquier tipo de expresión política, participar en asociaciones políticas y poseer periódicos. En otros, las leyes prohibían explícitamente la entrada de comunistas o anarquistas.

<sup>1216</sup> PLAZA Y MUÑOZ, 2013, p. 110.

dicho contexto se dicta la Ley N° 3.446 del 12 de diciembre de 1918, “que impide la entrada al país o la residencia en él de elementos indeseables”, sentando las bases para el desarrollo de un aparato jurídico y policial que tuvo como objetivo central “contener” la llegada de sujetos e ideas “subversivas”<sup>1217</sup>. La exclusión por razones ideológicas adquirió nuevos bríos con el Golpe de Estado de 1973, luego del cual los “activistas extranjeros” sufrieron (*de facto* y luego, *de iure*<sup>1218</sup>) especialmente la severidad de un régimen que había asumido el “patriótico compromiso de restauración de la chilenidad”<sup>1219</sup> frente a las “ideologías foráneas” y la “invasión cultural extranjerizante”<sup>1220</sup>.

En suma, múltiples legislaciones migratorias del mundo han considerado dentro de las categorías de “anarquista”, “agitador” o “subversivo”, con fines excluyentes, a cualquier extranjero considerado una amenaza al orden social establecido, e invocando la idea de “protección social” o “defensa social”, han establecido mecanismos de control, clasificación y expulsión para cualquier persona considerada indeseable por su ideología o pensamiento político<sup>1221</sup>. Lo preocupante es que el interés por abordar estas exclusiones no obedece puramente a su relevancia histórica, sino que han seguido siendo utilizadas por muchos Estados para fines reñidos con varios principios básicos de la forma de organización política constitucional democrática.

Se ha planteado que a partir de la década de los 90’ estas exclusiones habían comenzado a ser relegadas, en varias latitudes, al mismo nivel que las exclusiones étnicas o raciales, y sustituidas por otras en el marco de la llamada “guerra contra el terrorismo”<sup>1222</sup>. No obstante, existen legislaciones que siguen contemplando (tal vez de maneras menos explícitas) la prohibición de ingreso y/o la expulsión de una persona por razones de carácter ideológico. Volviendo al caso chileno, hasta 2022, la extinta Ley de Extranjería (D.L. N° 1.094 de 1975) prohibía el ingreso al país a quienes “propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas

---

<sup>1217</sup> “Para los elementos productores representados en el Congreso, la mejor solución era dictar pronto la Ley de Residencia, que permitiera impedir la entrada y arrojar del país a los elementos extranjeros subversivos (...)”. RIVAS VICUÑA, 1964, p. 136.

<sup>1218</sup> Decreto Ley N° 81 de 1973, que fijó, por razones de Seguridad del Estado, sanciones para las personas que desobedecieran “el llamamiento público que indica el gobierno”, o el Decreto Ley N° 604 de 1974, que prohibió el ingreso de personas al territorio nacional en los casos que se indicaren.

<sup>1219</sup> Decreto Ley N° 1, 1973.

<sup>1220</sup> Declaración de Principios del Gobierno de Chile, 1974, III.1.

<sup>1221</sup> ACOSTA, 2018, p. 95.

<sup>1222</sup> DE GENOVA y PEUTZ, 2010, p. 22.



que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno (incluyendo) agitadores o activistas de tales doctrinas”<sup>1223</sup>.

En virtud de aquella y otras disposiciones del mismo cuerpo normativo se ha prohibido el ingreso o excluido a varias personas de nacionalidad extranjera que han pretendido ingresar o permanecer en el país. Podemos mencionar varios ejemplos de la última década. En julio de 2016, Ibán Gartzía, un activista vasco supuestamente vinculado a movimientos anarquistas fue detenido y expulsado tras ser denunciado por la divulgación de actos de represión contra el pueblo mapuche en la Región de la Araucanía<sup>1224</sup>. Meses más tarde, en enero de 2017, tres ciudadanos peruanos fueron expulsados de Chile tras haber llegado al país a participar de un foro internacional de tendencia anarquista titulado “Derribando Fronteras”, motivo que se consideró contrario a lo dispuesto en la ley y justificante de su expulsión<sup>1225</sup>. El mes siguiente corrió la misma suerte el periodista italiano Lorenzo Spairini, tras haber sido detectado grabando manifestaciones, y acusado luego de participar en diversas “actividades antisistema, alterando el orden social del país y constituyendo de esta manera un peligro para el Estado”<sup>1226</sup>.

La nueva legislación migratoria chilena introducida con la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería ha suprimido la exclusión por razones ideológicas del catálogo de prohibiciones de ingreso al país. No obstante, otras legislaciones migratorias conservan causales de inadmisión asociadas a la idea de “seguridad nacional” o “seguridad interna”, que en los hechos han permitido llevar a la práctica la inadmisión o expulsión en atención al pensamiento político de la persona. Aunque existen razones de seguridad que legítimamente pueden considerarse en ejercicio del control a la inmigración, lo cierto es que la indeterminación de las expresiones utilizadas por las leyes ha favorecido una aplicación arbitraria de las mismas, como queda en evidencia a partir de los casos a los que acabamos de hacer referencia.

En el ámbito europeo, el Código de Fronteras *Schengen* igualmente prevé que, para la admisión, el extranjero no podrá suponer “una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado

---

<sup>1223</sup> Decreto Ley N° 1.094 (Chile), 1975.

<sup>1224</sup> “Ibán Gartzía, ciudadano vasco expulsado de Chile: Hay vínculos humanos y solidarios con el pueblo mapuche, no más”, *The Clinic*, 23 de julio de 2016.

<sup>1225</sup> “Expulsan a extranjeros que iban a participar en seminario anarquista”, *La Tercera*, 27 de enero de 2017.

<sup>1226</sup> “Periodista italiano es expulsado del país por informar de manifestaciones sociales”, *Diario UChile*, 05 de febrero de 2017.

miembro por iguales motivos”<sup>1227</sup>. En el ámbito americano existen también algunos ejemplos. La Ley de Migraciones del Perú impide imperativamente el ingreso a “quienes supongan una situación de peligro o amenaza para la seguridad nacional, el orden público, el orden interno (...)”<sup>1228</sup>, e impide facultativamente el ingreso respecto de aquellas personas sobre las que se “cuenta con información de organismos de inteligencia nacionales o extranjeros en la cual se (le) califique (...) como riesgosa para la seguridad nacional”<sup>1229</sup>. Incluso la ecuatoriana Ley Orgánica de Movilidad Humana, probablemente la más vanguardista en la materia, considera una causal de inadmisión el que la persona “sea considerada una amenaza o riesgo para la seguridad interna según la información que dispone el Estado ecuatoriano”<sup>1230</sup>.

Es cierto que, en su trayectoria histórica, las leyes migratorias han transitado desde fórmulas más explícitas para excluir a una persona de nacionalidad extranjera en razón de su pensamiento político (“anarquistas”, “socialistas”, “comunistas”) hacia cláusulas menos definidas y más indeterminadas, asociadas a la protección de bienes jurídicos como la “seguridad nacional” o el “orden interno”. Sin embargo, la práctica ha demostrado que también este tipo de exclusiones, materializadas mediante la inadmisión o expulsión, han resultado un terreno fértil para prácticas discriminatorias y arbitrarias incompatibles con las exigencias de un Estado constitucional democrático, a la vez que los Estados han hecho uso de ellas para “deshacerse” administrativamente de extranjeros considerados indeseables, sin respetar el conjunto de garantías con que cuenta toda persona en el marco de un proceso penal<sup>1231</sup>.

La discriminación por razones ideológicas y/o políticas está proscrita de manera suficientemente clara en un importante número de los más significativos instrumentos internacionales, entre los que se haya el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 26 prohíbe la discriminación por motivos de opinión política o de otra índole, entre otras “categorías sospechosas”<sup>1232</sup>. En el mismo sentido lo prohíbe el artículo 1.1 de la Convención

---

<sup>1227</sup> El artículo 6.1.d) del Reglamento (UE) 2016/399 prescribe que el interesado no deberá no estar inscrito como no admisible en el SIS, acrónimo que se refiere al Sistema de Información de Schengen, regulado en la actualidad por el Reglamento (CE) 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II).

<sup>1228</sup> Ley de Migraciones del Perú (Decreto Legislativo N° 1350), 2017, artículo 69.1 letra b.

<sup>1229</sup> Ley de Migraciones del Perú (Decreto Legislativo N° 1350), 2017, artículo 69.2 letra c.

<sup>1230</sup> Ley Orgánica de Movilidad Humana del Ecuador, 2017, artículo 137 n° 6.

<sup>1231</sup> COLE, 2003 pp. 126-127.

<sup>1232</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 26.

Americana de Derechos Humanos<sup>1233</sup> y el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>1234</sup>. Esto debiese constituir razón suficiente para plantear la inadmisibilidad de este tipo de exclusiones migratorias en el seno de una democracia constitucional. No obstante, existen también otras razones que se han planteado en el seno de la filosofía moral y política y que son igualmente atendibles.

La pregunta clave a este respecto ha sido si los Estados que se autodefinen como democráticos y liberales pueden admitir exclusivamente a inmigrantes que han demostrado sus credenciales democráticas y excluir, en cambio, a quienes adoptan otros valores políticos considerados incompatibles con el sistema político dominante. Hay quienes han planteado (como Carens) que los Estados pueden legítimamente excluir a determinados extranjeros en razón de sus creencias, cuando aquellas sean consideradas una amenaza a la seguridad nacional<sup>1235</sup>. No obstante, otros como Miller han dudado de la justificación que tendrían las exclusiones por razones vinculadas al pensamiento político de los potenciales migrantes<sup>1236</sup>.

Pensemos en uno de los casos más típicos cuando hablamos de esta materia, el de aquellas personas cuyas creencias desconocen la autoridad estatal, sin perjuicio de no tener intención de atentar contra ella o sabotear su actividad. Nadie duda que el éxito de la actividad estatal descansa, en gran medida, en la obediencia voluntaria de la ley y el cumplimiento de los mandatos de la autoridad. Entonces no resulta extraño plantearse la pregunta sobre la posibilidad de una exclusión migratoria destinada a erradicar ideologías políticas que debiliten la autoridad estatal o el sistema democrático. Sin embargo, es igualmente cierto el hecho que, en general, las democracias constitucionales no optan por excluir, en otros ámbitos, a personas cuyas creencias rechazan e incluso desprecian valores fundamentales para la convivencia democrática. ¿Por qué entonces (se pregunta Miller) dicha exclusión debiera proceder en contra de potenciales migrantes?<sup>1237</sup>.

Miller plantea que, salvo excepcionalmente, la exclusión de migrantes por motivos políticos no admite justificación dentro de una sociedad democrática y liberal. Aquí coincidimos con el

---

<sup>1233</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 1.1.

<sup>1234</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950, artículo 14.

<sup>1235</sup> CARENS, 2013, capítulo 9.

<sup>1236</sup> MILLER, 2016b, pp. 106-107.

<sup>1237</sup> “Además, es poco probable que el sistema de creencias políticas de un migrante sea inmutable, y existen oportunidades para moldearlo en una dirección democrática después de su llegada, a través de clases de ciudadanía y demás. En conjunto, entonces, parece que la selección por motivos políticos sería justificable solo en los casos en que los inmigrantes con puntos de vista antiliberales o antidemocráticos se postularan en cantidades suficientes como para que su presencia pudiera crear conflictos sociales violentos o perturbar el funcionamiento de las instituciones democráticas”. MILLER, 2016b, pp. 106-107.

profesor de Oxford. Prohibir el ingreso o expulsar a una persona por su sola adscripción a determinadas creencias no es compatible con un control a la inmigración en un Estado constitucional democrático. Sin embargo, nos parece que la inadmisibilidad de la exclusión por motivos ideológicos o vinculados al pensamiento político, encuentra justificación en razones distintas a las por él planteadas, ancladas en la pura igualdad de trato entre quienes están dentro y fuera del territorio estatal. Si existen motivos para justificar la exclusión de personas migrantes por motivos vinculados a sus creencias o ideas políticas, estas deben fundarse en actos o en una demostrable disposición de actuar del sujeto en cuestión, y no puramente en la adscripción a determinadas creencias.

Las razones para desechar la posibilidad de excluir potenciales migrantes por sus creencias se conectan muy estrechamente con las razones por las cuales la prisión política es considerada una práctica contraria a la vigencia de un régimen democrático. Aunque el alcance del concepto es discutible, suele llamarse “presos políticos” a quienes se encuentran privados de libertad en función de su adscripción a determinadas ideas políticas, sin haber cometido delito alguno. A estos efectos, una de las formulaciones conceptuales más influyentes es la acuñada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que, entre otras, considera “prisión política” toda aquella privación de libertad que ha violado derechos básicos como la libertad de pensamiento, religión, conciencia, libertad de expresión o de reunión<sup>1238</sup>. Tanto la prisión política como la exclusión de migrantes por sus creencias o pensamiento político han de considerarse medidas incompatibles con un Estado constitucional democrático, pues ambas involucran un atentado contra la idea de pluralismo democrático y el libre desarrollo individual en el plano de las creencias y convicciones personales<sup>1239</sup>.

### **3. Exclusiones por motivos médicos o sanitarios**

Un tercer criterio de exclusión tradicionalmente aplicado por los Estados en sus legislaciones migratorias se relaciona con razones de carácter médico o sanitario, y los potenciales riesgos que la movilidad humana internacional puede involucrar para el resguardo de la salud pública de la

---

<sup>1238</sup> Asamblea Parlamentaria de la Unión Europea, Resolución 1900: La definición de preso político, 2012.

<sup>1239</sup> Por el contrario, podría inclusive plantearse que la libertad de circulación internacional es una exigencia de la libertad de expresarse, tal y como ha hecho la Corte Suprema de los Estados Unidos de América al anular como inconstitucional la denegación de pasaportes a presuntos comunistas que deseaban viajar al extranjero, y considerar que "la libertad de viajar es una libertad constitucional estrechamente relacionada con los derechos de libertad de expresión y asociación". Esto, a través de fallos como *Kent v. Dulles* (1958) y *Aptheker v. Secretary of State* (1964).

población<sup>1240</sup>. Tal y como la pandemia del COVID-19 ha demostrado, el carácter globalizado, crecientemente interdependiente e interconectado del mundo contemporáneo constituye un potencial riesgo para la salud pública cuando de movilidad internacional hablamos. La posibilidad real de exportación de virus y enfermedades contagiosas ha significado desde el surgimiento del derecho migratorio moderno una preocupación y un desafío para los Estados.

El que a estas exclusiones subyazca un fundamento científico, ha permitido que la justificación moral de éstas sea menos controvertida que aquellas basadas en criterios económicos o de seguridad. La discusión acerca de la justificación moral de la aplicación del criterio médico o sanitario en el ámbito del control a la inmigración no ha tenido demasiado desarrollo. En esta línea, se ha planteado que, como cuestión de principio, los Estados pueden legítimamente pretender restringir la inmigración en los casos en que ésta pueda representar una clara y grave amenaza para la salud pública<sup>1241</sup>.

Aunque en términos amplios la expresión “salud pública” es compleja, cuando se la invoca como interés protegido de los potenciales riesgos derivados de la movilidad humana, se está haciendo referencia a una cuestión bastante específica. Esto restringe las posibilidades interpretativas, y ofrece mayores garantías de seguridad jurídica frente a la potencial afectación de derechos fundamentales. Aquellos países por cuyas fronteras transita un mayor flujo de personas, son más vulnerables de sufrir cambios epidemiológicos en enfermedades erradicadas, controladas o incluso aquellas prevalentes, pero con un patrón epidemiológico conocido<sup>1242</sup>. En el mundo han existido ejemplos de países que han demostrado la influencia de las migraciones en la epidemiología local, lo que en ocasiones ha significado un aumento o estancamiento en las tasas de determinadas enfermedades infecciosas<sup>1243</sup>. Un efecto adverso de la movilidad es la propagación temprana de algunas enfermedades altamente contagiosas, tal como ha demostrado la experiencia reciente a nivel global con relación a la pandemia del COVID-19<sup>1244</sup>.

---

<sup>1240</sup> Una versión extendida del análisis que realizamos aquí sobre este criterio de exclusión puede encontrarse en MAYORGA MC DONALD, 2021b.

<sup>1241</sup> SONG, 2019, p. 162.

<sup>1242</sup> VÁSQUEZ-DE KARTZOW, 2009, pp. 162.

<sup>1243</sup> Ha sido el caso de países como España, donde existiendo una de las tasas de tuberculosis más altas de Europa, existe una sobrerepresentación de la población migrante en dichas cifras. Un panorama similar se ha vivido en Australia, donde los pocos casos de tuberculosis reportados suelen corresponder a personas refugiadas e inmigrantes irregulares. VÁSQUEZ-DE KARTZOW, 2009, pp. 164-165.

<sup>1244</sup> Por ejemplo, MARIA IACUS *et al*, 2020.

Puede decirse que Estados Unidos fue el primer país en adoptar políticas de control sanitario asociadas al control de la inmigración. Durante el *boom* migratorio de finales del siglo XIX, la aprensión de sus nacionales por admitir únicamente a inmigrantes sanos empujó al gobierno federal a aplicar las regulaciones sanitarias que hasta entonces estaban en manos de los gobiernos de cada uno de sus Estados. En 1892 se abrió, entre otros, el establecimiento federal de inmigración en *Ellis Island (New York)*, donde se procedía a la inspección de las capacidades físicas y psíquicas de los inmigrantes, se les colocaba en cuarentena, y eventualmente se les prohibía el ingreso<sup>1245</sup>. En 1917, la exclusión por razones médicas se institucionalizó a través de la ley de inmigración de ese año, que optó por prohibir el ingreso de dementes, epilépticos, personas con tuberculosis o discapacidades físicas, entre otros<sup>1246</sup>.

En este contexto surgieron los primeros instrumentos internacionales que se pronunciaron sobre el asunto. En 1892, se adoptaron las Reglas Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros del Instituto de Derecho Internacional. Estas establecieron que excepcionalmente los Estados podían prohibir el libre ingreso de extranjeros a su territorio, en tiempos de epidemias<sup>1247</sup>. De igual manera, este documento incluyó dentro del catálogo de extranjeros “excluíbles”, a quienes “sufrieran de una enfermedad que podría poner en peligro la salud pública”<sup>1248</sup>. La ley estadounidense, y las normas internacionales referidas, fueron muy influyentes en América Latina, donde las nacientes legislaciones sobre la materia replicaron estas exclusiones<sup>1249</sup>. Sucedió en Brasil, primer país de la región en excluir a personas con discapacidad visual, física o psíquica, como también a quienes padecieran de enfermedades incurables o graves<sup>1250</sup>. Ocurrió también en Colombia y Perú<sup>1251</sup>.

---

<sup>1245</sup> KRAUT, 2010, pp. 124-125.

<sup>1246</sup> *USA Immigration Act* (Estados Unidos), 1917. En Estados Unidos, los nacidos en el extranjero venían siendo estigmatizados como portadores de enfermedades desde mucho antes del *boom* migratorio (KRAUT, 2010, p. 125). En la década de 1830, por ejemplo, los inmigrantes irlandeses empobrecidos fueron sindicados como portadores del cólera, de igual modo que a fines del siglo XIX, la tuberculosis fue denominada una “enfermedad judía”. En 1900, la muerte de un inmigrante chino en *Chinatown* (San Francisco) generó una ola de temor y nacionalismo. El barrio completo fue puesto en cuarentena, y las autoridades inocularon a la fuerza a los asiáticos por las calles de la ciudad con un fármaco cuya eficacia y seguridad apenas estaba testeándose (LEE, 2019, pp. 88-89, 109). Algo similar ocurrió más tarde, cuando en 1918, durante la pandemia de “gripe española”, los ciudadanos alemanes fueron culpados de propagar la enfermedad como arma de guerra (KRAUT, 2010, p. 125).

<sup>1247</sup> Reglas Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros, 1892, artículo 6.

<sup>1248</sup> Reglas Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros 1892, artículo 12.

<sup>1249</sup> ACOSTA, 2018, p. 98.

<sup>1250</sup> Decreto N° 4.247 (Brasil), 1921.

<sup>1251</sup> Ley N° 48 (Colombia), 1920; Ley N° 4145/1920 (Perú), 1920.

Respecto al reconocimiento del criterio médico o sanitario en el derecho migratorio comparado, puede decirse que tiene un transversal reconocimiento en las leyes de inmigración internas. En el caso de España, el régimen general de admisión exige al extranjero no constituir una amenaza para la salud pública, de conformidad al Reglamento 1987/2006 de Parlamento Europeo y del Consejo Europeo<sup>1252</sup>. Por otra parte, cuando lo determine la autoridad, se exige a los extranjeros presentar en frontera un certificado sanitario o someterse a su llegada a un reconocimiento médico para comprobar que no padece ninguna enfermedad potencialmente epidémica u otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas<sup>1253</sup>. El Reino Unido, otro país europeo con altas tasas de inmigración, contempla también este criterio en su legislación. Allí se prohíbe el ingreso de un extranjero cuando un inspector médico lo considere aconsejable, salvo casos excepcionales<sup>1254</sup>. En cuanto a la exigencia de exámenes médicos, toda persona extranjera con la intención de permanecer en el país durante más de seis meses debe ser remitida a un examen de salud. El mismo examen puede solicitarse si el extranjero menciona motivos de salud o tratamiento médico como motivo de su visita, o si “su apariencia o conducta sugiere que no goza de buena salud”<sup>1255</sup>.

En América Latina el panorama no es diferente. Chile prohíbe el ingreso al país de aquellos extranjeros que padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria determine<sup>1256</sup>. Perú, a su vez, prohíbe el ingreso de aquellos extranjeros que la autoridad sanitaria considere un riesgo para la salud pública nacional, conforme a las normas del Código Sanitario y de acuerdo con un listado de enfermedades establecido por resolución exenta<sup>1257</sup>. Lo mismo sucede en Ecuador, cuya ley establece como causal de inadmisión el que el extranjero “no porte el carnet o certificado de vacunación de conformidad con lo que determine la autoridad sanitaria”<sup>1258</sup>. Uruguay, en tanto, establece como causal de rechazo para el ingreso al país las “razones de orden público de índole

---

<sup>1252</sup> Reglamento (CE) 1987/2006 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de *Schengen* de segunda generación (SIS II), 2006, Artículo 6.1.

<sup>1253</sup> Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 10; en relación a, Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, artículo 2, apartado 21).

<sup>1254</sup> *UK Immigration Rules* (Reino Unido), HC 395, 2016, párrafo 320(7).

<sup>1255</sup> *UK Immigration Rules* (Reino Unido), HC 395, 2016, párrafo 36. Si la persona es nacional de determinados países, se le exigirá someterse además a un examen médico para detectar la tuberculosis, previo a su ingreso al Reino Unido. *UK Immigration Rules*, HC 395, 2016, apéndice T.

<sup>1256</sup> Ley Nº 21.325 de Migración y Extranjería (Chile), 2021, artículo 32 n° 2.

<sup>1257</sup> Decreto Legislativo Nº 1350 – Ley de Migraciones (Perú), 2017, artículo 48.2.

<sup>1258</sup> Ley Orgánica de Movilidad Humana (Ecuador), 2017, artículo 137 n° 9.

sanitaria en concordancia con lo establecido en el Reglamento Sanitario Internacional vigente”<sup>1259</sup>. En este último caso destaca la referencia al instrumento adoptado el año 2005<sup>1260</sup>.

La aplicación de estas exclusiones debe hacerse considerando que el riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas transmisibles por parte de la población migrante es sustantivamente bajo<sup>1261</sup>. La Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda a los países evitar estigmas, puesto que “no existe relación sistemática alguna entre la migración y la importación de enfermedades infecciosas”<sup>1262</sup>. Este es un punto en el que resulta necesario enfatizar, puesto que las advertencias sobre el riesgo epidemiológico que acarrea un aumento en las tasas de inmigración, interpretadas aisladamente, alimentan una serie de mitos que poco tienen que ver con la realidad. Entre ellos, el mito de que los inmigrantes importan enfermedades, y además colocan sobre el sistema de salud una excesiva presión ante la demanda de atención<sup>1263</sup>.

Los principales riesgos a la salud de la población migrante no provienen de su país de origen, sino que de la situación de vulnerabilidad que enfrentan en muchos casos en el país de destino, producto de la pobreza, el hacinamiento, o la falta de acceso al sistema de salud<sup>1264</sup>. La evidencia científica incluso ha demostrado que, por lo general, los inmigrantes son más saludables que la mayoría de quienes no migran en su país de origen. En efecto, se plantea que solo las personas más sanas logran concretar el proyecto migratorio, mientras que las demás quedan atrás. Esta es una realidad que se encuentra bastante documentada científicamente, y que recibe el nombre de “teoría del migrante sano” o “efecto del migrante sano”<sup>1265</sup>. En Chile, según datos informados por el

---

<sup>1259</sup> Ley N° 18.250 de Migración (Uruguay), 2008, artículo 45 f).

<sup>1260</sup> El hito internacional más reciente en la materia ha sido la adopción del Reglamento Sanitario Internacional en 2005, instrumento cuya finalidad es “prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública”. Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 2.

<sup>1261</sup> CABIESES *et. al.*, 2019, pp. 27-35.

<sup>1262</sup> OMS, 2015.

<sup>1263</sup> “Especial atención genera el riesgo en salud pública que pudiese implicar la presencia de población migrante en el país de acogida, generándose con frecuencia información alarmista y poco fundada respecto a riesgos de transmisión de enfermedades hacia los habitantes locales, transformándose en foco de discriminación, vulneración de privacidad e incluso violencia”. ALARCÓN y BALCELLS, 2017, p. 4.

<sup>1264</sup> CABIESES, 2019, pp. 146-150. CABIESES *et. al.*, 2012; OMS, 2016.

<sup>1265</sup> “La literatura internacional y nacional han descrito el llamado ‘efecto de migrante sano’, que corresponde a un menor reporte o registro de enfermedades en población migrante internacional comparado con población local, lo que podría deberse a un proceso de selección natural del acto migratorio. Así también, podría responder a un sesgo o error de medición que escondería en un promedio puntual enorme variabilidad y diferencias de subgrupos de inmigrantes (...)”. CABIESES, 2019, p. 155.



Ministerio de Salud en 2018, un 87,65% de la población inmigrante calificó su estado de salud como bueno, en comparación de un 45,75% de la población nacida en Chile<sup>1266</sup>.

En consecuencia, el punto de partida a la hora de abordar esta cuestión es que todas las personas en contexto de movilidad, sean nacionales o extranjeras, constituyen un riesgo potencial de transmisión de enfermedades en una determinada sociedad. En este entendido, resulta justificada la preocupación estatal por el resguardo de la salud pública, y compatibles las exclusiones médicas o sanitarias con la idea de Estado constitucional democrático, siempre y cuando su aplicación atienda a criterios estrictamente epidemiológicos. Aquello supone dejar fuera un uso “instrumental” de estas exclusiones que esconde motivos de índole puramente económica o de “moralidad pública”. Los Estados han caído lamentablemente en la tentación de prohibir la entrada y/o expulsar a aquellos extranjeros que, a causa de su estado de salud, supongan potencialmente una carga económica para el Estado de acogida. De igual manera, se han excluido a hombres y mujeres dedicadas al comercio sexual por encontrarse supuestamente contagiados con enfermedades venéreas, a mujeres y hombres infectados con VIH, por absurdos prejuicios vinculados a su vida sexual, por mencionar apenas un par de ejemplos.

El Derecho Comunitario Europeo ha aportado una valiosa experiencia internacional con relación a la forma de determinar aquellas patologías que justifican la aplicación del criterio sanitario o médico. La Directiva 38/2004 de la Comisión Europea y el Reglamento (UE) 2016/399 (también conocido como Código de fronteras *Schengen*) especifican como una “amenaza para la salud pública” en materia de circulación internacional, a “aquellas enfermedades con potencial epidémico<sup>1267</sup> según los instrumentos correspondientes de la OMS, así como otras enfermedades infecciosas<sup>1268</sup> o parasitarias contagiosas<sup>1269</sup> siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales”<sup>1270</sup>. Una definición de estas características, que recurre a conceptos técnicos propios de la ciencia médica, reduce relativamente el riesgo de una

---

<sup>1266</sup> MINISTERIO DE SALUD, 2018.

<sup>1267</sup> Una enfermedad con potencial epidémico es aquella que se propaga rápidamente en una población determinada, afectando durante un determinado tiempo, a un alto número de personas simultáneamente. Si la propagación alcanza extensas zonas geográficas, como en diversos continentes, se le cataloga de pandemia.

<sup>1268</sup> Las enfermedades infecciosas son causadas por microorganismos patógenos como las bacterias, los virus, los parásitos o los hongos. Estas enfermedades pueden transmitirse, directa o indirectamente, de una persona a otra, o de un animal a una persona.

<sup>1269</sup> Las enfermedades parasitarias contagiosas con aquellas enfermedades infecciosas causadas por parásitos (microorganismos, gusanos o insectos). Pueden adquirirse a través del consumo de alimentos o agua contaminada, como también a través de la picadura de un insecto, o del contacto sexual.

<sup>1270</sup> Reglamento (UE) 2016/399 que establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, 2016, artículo 2 apartado 21).

aplicación del criterio sanitario por razones distintas de lo estrictamente epidemiológico, y parece compatible con los rasgos centrales de un control a la inmigración democrático y liberal.

#### **4. Exclusiones por motivos delictuales o penales**

Un cuarto criterio de exclusión, y uno de los más frecuentemente invocados por los Estados al controlar la admisión de personas migrantes, está relacionado con una supuesta asociación entre inmigración y criminalidad. Dicha asociación ha sido alimentada durante décadas por el discurso de la criminología determinista, que ha sugerido como variable de riesgo delictivo la calidad de inmigrante, cuestión que en los hechos es a todas luces cuestionable<sup>1271</sup>. Este planteamiento ha sido cultivo para falsos y peligrosos estereotipos que, hasta hoy, afirman que inmigrantes cometen más delitos que los nativos, y que la inmigración irregular está estrechamente vinculada con la delincuencia y el crimen organizado. En cualquier caso, la evidencia empírica ha demostrado que esta es una cuestión que varía enormemente en función de las condiciones locales<sup>1272</sup>.

La exclusión por razones delictuales o de criminalidad ha acaparado siempre un papel protagónico en la discusión pública y en las leyes de inmigración. Hasta hoy son frecuentes en múltiples legislaciones migratorias las prohibiciones de ingreso a extranjeros portadores de antecedentes penales. El fundamento de dicha exclusión es la potencial nocividad que los delitos cometidos en el pasado por inmigrantes ocasionarían a la sociedad nacional si se autorizara su ingreso o residencia. A través de estas prohibiciones se excluye no solo a los prófugos de la justicia, o a quienes tuvieran pendiente la ejecución de una condena. También se excluye, en general, a quienes hubieran cumplido una pena en el pasado, con independencia de la entidad del delito y del tiempo transcurrido. Este último supuesto genera más dudas y menos certezas a la hora de considerar la vigencia de principios básicos de un Estado constitucional y democrático.

Pensemos, por ejemplo, en casos como el ocurrido en Chile en noviembre de 2017, cuando la Policía de Investigaciones prohibió el ingreso al país al ex boxeador Mike Tyson, quien viajaba con el propósito de ser anfitrión de un evento y dar una conferencia. El motivo por el cual este

---

<sup>1271</sup> La criminología determinista centra su atención en las características o cualidades de la persona que delinque. En efecto, la identificación de la extranjería como una variable relacionada directamente con la delincuencia se fundó en algunas investigaciones que sugirieron como variable de riesgo delictivo la calidad de inmigrante. Dichas investigaciones han planteado que el mayor comportamiento delictivo de los inmigrantes está determinado ya sea, por la discriminación institucional de la que son objeto (En Italia: GATTI, MAFALDI Y VERDE, 1997, 124-125. En Reino Unido: FITZGERALD, 1997, 54-56. En Estados Unidos: MARSHALL, 1997, p. 28), como por factores culturales, de oportunidad y de desorganización social (BURSIK, 1988; BANKSTON, 1998, p. 37).

<sup>1272</sup> GARCÍA ESPAÑA, 2014, pp. 5-7.

famoso personaje fue reembarcado a los Estados Unidos, fue que sus antecedentes penales de hace más de 25 años impedían su ingreso de conformidad a la legislación de extranjería vigente entonces<sup>1273</sup>. En efecto, la recientemente derogada Ley de Extranjería chilena disponía la prohibición de ingreso al país a los condenados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes<sup>1274</sup>, y que podría impedirse el ingreso al territorio nacional a los condenados por delitos comunes que la ley chilena califique como simples delitos<sup>1275</sup>.

O pensemos igualmente en uno de los casos recogidos por Alina Das en su obra “*No Justice in Shadows*”: “Khalil”, un migrante en los Estados Unidos que pasó seis años en prisión, por un delito cometido en su juventud, pero que durante su condena se educó y más tarde graduó en Trabajo Social. Fuera de la cárcel, se casó y crió a dos hijas, retribuyendo a la comunidad en un programa social que apoya a la reinserción de personas que han recuperado su libertad tras el paso por prisión. Una semana antes de graduarse con una maestría en Trabajo Social, fue detenido por agentes de inmigración, con el objeto de materializar su expulsión de los Estados Unidos, por su pasado delictual<sup>1276</sup>.

¿Qué podría decirse de la respuesta estatal ante casos como el de Tysson o el de Khalil, o en general, de la exclusión de migrantes fundada en su pasado delictivo? Lo primero que corresponde señalar es que la equivocada asociación entre inmigración y criminalidad ha repercutido con fuerza en los ordenamientos jurídicos contemporáneos a través de la cada vez más intensa relación entre derecho penal y derecho migratorio. Pese a que la evidencia empírica ha desechado las tesis que vinculan inmigración con criminalidad, ha sido una tendencia global visualizar a los flujos migratorios como una potencial amenaza al orden interior y a la seguridad de la población<sup>1277</sup>. En un influyente artículo publicado el año 2006, la profesora estadounidense Juliet Stumpf acuñó el

---

<sup>1273</sup> “Mike Tyson no pudo ingresar a Chile: por condena anterior no cumple con Ley de Extranjería”, Bio Bio Chile, 09 de noviembre de 2017.

<sup>1274</sup> Decreto Ley N° 1.094 (Chile), 1975, artículo 15 n° 3.

<sup>1275</sup> Decreto Ley N° 1.094 (Chile), 1975, artículo 16 n° 1.

<sup>1276</sup> DAS, 2020, p. 91. “Se necesitó una oleada de apoyo y el indulto del gobernador de Nueva York, Andrew Cuomo, para detener la deportación obligatoria de “Khalil”. Todo esto es por diseño. Desde que se fusionaron los sistemas legales penales y de inmigración, escapar de la deportación ha sido la excepción, no la regla. Las leyes draconianas, los programas duros y las fallas humanas se unen para asegurar el castigo perpetuo de millones. No debería sorprender que cualquier apariencia de justicia se desmorone en el proceso”.

<sup>1277</sup> No obstante, pese a que los estudios desmienten continuamente estas ideas, se niegan a morir. Es por lo mismo que han sido denominadas ideas *zombie* acerca de la relación entre inmigración y criminalidad RUMBAUT, 2016.

acrónimo *crimmigration* (en castellano, “crimigración”) para dar cuenta del fenómeno de criminalización del derecho migratorio en los ordenamientos jurídicos contemporáneos<sup>1278</sup>.

Como advierte Stumpf, tanto el derecho penal como el derecho migratorio comparten el carácter de sistemas de inclusión y exclusión social. El derecho penal determina qué individuos deben ser excluidos de la sociedad cuando han cometido determinadas conductas lesivas de bienes jurídicos protegidos, a través del encarcelamiento. Del mismo modo, el derecho migratorio determina qué individuos deben ser excluidos de la sociedad, principalmente a través de las prohibiciones de ingreso al país o la expulsión<sup>1279</sup>.

Las manifestaciones más claras de este fenómeno se relacionan con la existencia de delitos de naturaleza migratoria y la presencia de rasgos punitivos del estatuto jurídico de la expulsión. Pero podríamos decir también que, al menos hasta cierto punto, otra expresión de esta conexión entre ley penal y migratoria se relaciona con la exclusión de quienes registran antecedentes penales en sus países de origen. Como ya adelantábamos, en buena parte de las legislaciones migratorias se contemplan prohibiciones de ingreso al país vinculadas con el historial penal. Aquí, un hecho de naturaleza penal, como es una condena por hechos constitutivos de delito, genera consecuencias de naturaleza migratoria como es la prohibición de ingreso al territorio nacional de un tercer Estado, como también el rechazo o revocación de un permiso de residencia, con la ulterior orden de abandono o expulsión.

El derecho comparado ofrece abundantes ejemplos de las también llamadas “leyes de inadmisibilidad penal de extranjeros”, que impiden el ingreso a extranjeros portadores de antecedentes penales pasados, aunque hubieren ya cumplido condena. La finalidad es cautelar el orden interno de desórdenes que puedan producirse dentro del mismo país por personas que hayan cometido delitos al estimarse que podrían volver a cometerlos<sup>1280</sup>. Así, por ejemplo, la legislación migratoria de los Estados Unidos deniega el ingreso al país a quienes hubieren sido condenados

---

<sup>1278</sup> STUMPF, 2006. Este supone, en concreto, el establecimiento de normas jurídicas que, entre otras cosas, refuerzan los vínculos entre control fronterizo y sistema penal. En general, cualquier consecuencia penal derivada de la infracción a la ley migratoria, o viceversa, cualquier consecuencia migratoria derivada de la infracción a la ley penal, puede ser identificada como una manifestación de este fenómeno.

<sup>1279</sup> STUMPF, 2006, p. 380. La tesis de Stumpf sostiene que la “crimigración” no es más que una poderosa y peligrosa herramienta para la exclusión de determinadas personas de una sociedad en el contexto de la teoría de la membresía. Esta teoría, a su vez, sostiene que el Estado puede restringir derechos y libertades individuales de determinadas personas que no son consideradas “parte” del contrato social. Así, provee de insumos teóricos para justificar decisiones políticas que supongan la exclusión, y con ello la privación y/o restricción de libertades individuales a la población inmigrante. Stumpf, 2006, pp. 396 y siguientes.

<sup>1280</sup> FEDDERSEN, 2022, p. 302.

por actos que constituyan un delito que involucre vileza moral o un delito relacionado con sustancias controladas; o hubiere sido condenado por dos o más delitos, cualesquiera sean éstos, acumulando penas de confinamiento de cinco años o más<sup>1281</sup>. En el caso de la legislación del Reino Unido, la prohibición de ingreso existe respecto de quienes hubieren sido condenados por un delito y sentenciados a un periodo de encarcelamiento de a lo menos doce meses, pero menor a cuatro años, a menos que hubieren transcurrido diez años desde el cumplimiento de la pena<sup>1282</sup>.

En el ámbito latinoamericano la cuestión se reproduce pese al ciclo de dictación de nuevas legislaciones migratorias que inició la década pasada, inspiradas en principios como el derecho a migrar, la no criminalización de la migración irregular y las políticas de fronteras abiertas<sup>1283</sup>. La ley argentina, por ejemplo, impide el ingreso y la permanencia de aquellos extranjeros que hubieren sido condenados o hubieren cumplido condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delitos que merezca para la legislación argentina pena privativa de libertad de tres años o más<sup>1284</sup>. En el mismo tenor está planteada la actual ley chilena, que prohíbe imperativamente el ingreso al país a quienes hayan sido condenados, procesados, imputados, acusados o perseguidos judicialmente por la comisión de determinados delitos graves<sup>1285</sup>, estableciendo una prohibición de ingreso facultativa para otros crímenes y simples delitos, siempre que la condena se hubiere producido dentro de los últimos 10 y 5 años respectivamente<sup>1286</sup>. La legislación peruana, en tanto, habilita a la autoridad migratoria en términos bastante amplios a impedir el ingreso a todos aquellos extranjeros que supongan una situación de peligro o amenaza para la seguridad nacional, el orden público, el orden interno, o la prevención de infracciones penales, entre otros criterios<sup>1287</sup>.

Parece justificado restringir la libre circulación de quienes se encontraren prófugos de la justicia, o cuya condena se hallare pendiente de ejecución en el país de origen. En dichos casos (y salvo que pudiera proceder el reconocimiento de la calidad de solicitante de asilo o refugiado)

---

<sup>1281</sup> *Immigration and Nationality Act* (INA), 1952, acta 212 [a].

<sup>1282</sup> *UK Immigration Rules*, HC 395, 2016, párrafo 320(2).

<sup>1283</sup> ACOSTA, 2018. Recordemos que, tal y como mencionamos en el primer capítulo de este trabajo, la presencia de estos rasgos en varias de las legislaciones migratorias latinoamericanas dictadas en los últimos veinte años permiten plantear la existencia de un modelo de política migratoria propio y distinto al de otras regiones del mundo.

<sup>1284</sup> Ley N° 25.871 de Migraciones (Argentina), 2004, artículo 29 c).

<sup>1285</sup> Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería (Chile), 2021, artículo 32 n° 1 y n° 5.

<sup>1286</sup> Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería (Chile), 2021, artículo 33 n° 1.

<sup>1287</sup> Decreto Legislativo N° 1350 - Ley de Migraciones (Perú), 2017, artículo 48.1. Este último caso destaca por la amplitud e indeterminación del presupuesto que permite excluir, lo que agrava el riesgo de arbitrariedad.

parece evidente que razones de colaboración internacional, y combate a la impunidad y el crimen organizado, justifican medidas estatales en este sentido. Sin embargo, la cuestión es mucho menos clara planteada a propósito de aquellos extranjeros que, aunque portadores de antecedentes penales, han extinguido ya su responsabilidad penal a través del debido cumplimiento de la pena. Más aún cuando estamos en presencia de antecedentes que tienen una larga data, y que versan sobre la comisión de delitos de baja entidad. Estos últimos supuestos han generado discusión en relación con la justificación moral de una exclusión fundada en antecedentes penales pasados y condenas cumplidas.

En el medio chileno, esta discusión ha sido reconstruida por Alfonso Donoso, cuya propuesta parte de la premisa que los Estados están impedidos de actuar de maneras moralmente reprochables (dentro de las cuales se encontraría excluir a extranjeros en virtud de su historial penal) por un marco de principios ético-políticos<sup>1288</sup>. Donoso dialoga con el trabajo de dos destacados filósofos políticos del campo de la Ética de la Inmigración, que han explorado esta cuestión: Joseph Carens y Cécile Fabre.

En el caso de Carens, tal y como revisamos en el capítulo anterior, es ampliamente conocida su defensa en favor de un régimen de fronteras abiertas a la inmigración, al sostener que la regla general debiera ser la apertura de las fronteras a la libre movilidad de quienes dejan su país de origen con el fin de asentarse en otro<sup>1289</sup>. Sin embargo, dicho autor está igualmente dispuesto a aceptar determinadas limitaciones justificadas al libre desplazamiento frente a casos potencialmente gravosos para el orden público y la seguridad. Donoso interpreta que, en determinados pasajes de su obra, a Carens le parece razonable que conductas criminales pasadas y significativas de un inmigrante puedan ser consideradas una razón suficiente para ser excluidos de la comunidad<sup>1290</sup>.

Fabre, en cambio, no está dispuesta a justificar moralmente una exclusión basada en el historial penal de un extranjero. Plantea, en primer lugar, que una prohibición de ingreso con fundamento en el historial penal supondría una violación del derecho a vivir en familia que tendría todo individuo, con independencia de si quienes integran su núcleo familiar se encuentran en una jurisdicción distinta. En segundo lugar, afirma que la exclusión con fundamento en el historial penal deja en una total desprotección a quienes, pese a tener antecedentes penales pasados, sean

---

<sup>1288</sup> DONOSO, 2018, p. 103.

<sup>1289</sup> CARENS, 1987; CARENS, 2013.

<sup>1290</sup> DONOSO, 2018, pp. 108-109

actualmente víctimas de persecución en sus países de residencia. En tercer lugar, sostiene que una exclusión de esta naturaleza no contribuye a que los Estados receptores de la inmigración se hagan cargo de su responsabilidad en la existencia de las desigualdades internacionales correlacionadas con la comisión de determinadas conductas delictuales. Por último, considera la naturaleza misma de la pena a partir de una distinción entre delincuentes correctamente condenados y aquellos condenados desproporcionadamente<sup>1291</sup>.

Donoso se distancia de la lectura de Carens y coincide parcialmente con la de Fabre. Tomando como premisa el que toda persona tiene derecho a un trato igualitario (sin ventajas o desventajas que devienen en un trato desigual producto de factores moralmente arbitrarios), afirma que el tipo de exclusiones que nos ocupa lesiona el carácter de igual que corresponde al extranjero condenado en el pasado, al interior de cualquier comunidad. Su planteamiento concede que un extranjero condenado sea sujeto de un trato desaventajado y no arbitrario, cuando aún no ha extinguido su responsabilidad penal. Sin embargo, el caso de un extranjero que ya ha cumplido con el castigo penal que se le ha impuesto no permitiría justificar éticamente el trato diferenciado que supone la exclusión. Esto sería así en la medida que el cumplimiento de la pena extingue la responsabilidad del condenado por su acción, y, en consecuencia, supone recuperar el mismo carácter de igual que este poseía antes de la comisión del delito. Al impedir un Estado el ingreso de un extranjero en su territorio en virtud de su historial penal, lo que hace es desconocer la capacidad transformadora de la pena, y negarle el carácter de igual que ha recuperado plenamente con el cumplimiento de la condena<sup>1292</sup>.

Varios de estos argumentos son razonables, y claramente no han sido considerados por muchos Estados que han generalizado el uso de las “leyes de inadmisibilidad penal” de extranjeros, sin atender diferencias que motiven un tratamiento respetuoso de principios básicos de una democracia constitucional. Eso sí, no es posible descartar de plano la exclusión estatal de migrantes con antecedentes penales. Puede considerarse una medida legítima y compatible con la idea de un control migratorio democrático y liberal, siempre que se contemple en casos calificados y proporcionalmente. Es válido que, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación política, un

---

<sup>1291</sup> FABRE, 2016. Respecto de los primeros, la exclusión estatal supone castigar un acto respecto del cual ya se ha cumplido una condena, y, además, una extralimitación de las competencias jurisdiccionales del Estado receptor, en la medida que se castiga un delito cometido en otro Estado.

<sup>1292</sup> DONOSO, 2018.

pueblo considere que determinados supuestos relativos al historial criminal de un potencial migrante justifiquen prohibir su entrada y permanencia en el país como medida preventiva.

La condena por comisión de delitos graves es un antecedente que mal puede desconocerse cuando se examina la potencial peligrosidad de la presencia de una persona en el territorio nacional de un Estado, y se piensa en adoptar medidas tendientes a favorecer la seguridad de la población (nacional y extranjera). No involucra un doble castigo, ni supone una afectación al principio del *non bis in idem*. En ordenamientos jurídicos como el chileno, en general la doctrina y jurisprudencia han coincidido en que principios como el mencionado, propios del derecho penal, tienen también aplicación (aunque atenuada) en materia administrativa sancionadora. Pero, en sentido estricto, la prohibición de ingreso al país no constituye una sanción administrativa, en tanto no subyace a ella una finalidad punitiva o castigadora, como ocurre con las clásicas sanciones pecuniarias aplicadas en el ámbito administrativo. Se trata, más bien, de una medida desfavorable adoptada por la Administración de carácter no sancionador<sup>1293</sup>, y por lo tanto, ajena al examen de duplicidad de sanción por idénticos hechos.

Cuando hablamos de criterios como la raza o etnia, el estado de salud o la situación económica, hacemos referencia a cualidades o rasgos de una persona que podríamos calificar de “azarosos”, o ajenos a su voluntad. En general, no puede decirse lo mismo del criterio asociado al historial penal, y es por ello que a este respecto la posibilidad de introducir un trato diferenciado no es algo que resulte *per se* inadmisibles. Ahora bien, resulta igualmente razonable el que la comisión de delitos en el pasado, y el cumplimiento de las condenas involucre un cambio en la percepción de la peligrosidad de una persona migrante, de manera tal que resulta necesario ponderar ambos elementos e introducir matices a ambos.

Al interior de un Estado, la condena criminal suele también producir efectos después de cumplida. Pensemos en la imposibilidad de acceder a la función pública o al desempeño laboral en determinadas funciones. Esto al menos por determinado tiempo, puesto que, para favorecer la reinserción social y laboral, muchos países contemplan la posibilidad de suprimir los antecedentes

---

<sup>1293</sup> “(...) al no poder afirmarse que los extranjeros “están sujetos a obligaciones, no es procedente entender que los actos con efectos desfavorables que se adopten teniendo como elemento fáctico el ingreso irregular del extranjero, esto es, el hecho de no cumplir las condiciones fijadas por las normas relativas al control de ingreso, tendrían una finalidad sancionatoria, toda vez que los mismos no persiguen retribuir el comportamiento infractor de un particular. Su interés es velar y lograr un ingreso ordenado al país. Es más, incluso es posible afirmar que, en caso de disponerse una expulsión por tal vía, la misma tendría la finalidad de restablecer el imperio del derecho”. MOLINA CONZUE, 2021, p. 265.



penales del registro en cuestión una vez extinta la responsabilidad penal, cumpliéndose determinadas exigencias legales. La prohibición de ingreso al país es también uno de estos casos, en que la condena criminal acarrea consecuencias en el plano administrativo aún una vez cumplida.

Las razones que en varios casos impiden excluir a ciertos migrantes por su historial penal no tienen tanto que ver con la duplicidad de sanción, como con la idea de proporcionalidad de la medida, si es que ha transcurrido un largo tiempo desde los hechos, o se trata de delitos de menor entidad. Hay casos en que la aplicación de la medida parece bastante evidente, por ejemplo, cuando se trata de prohibir el ingreso a quienes se encuentren prófugos de la justicia o condenados, si la pena se encuentra pendiente de ejecución.

Respecto a los condenados cuya pena ya ha sido cumplida, parece necesario introducir por lo menos dos distinciones en el diseño de las “leyes de inadmisibilidad penal”. La primera se refiere a la gravedad del delito. Buena parte de las legislaciones migratorias más modernas no diferencian entre delitos más y menos graves a la hora de prohibir o no el ingreso al país<sup>1294</sup>. Sin embargo, existen otras en las que este antecedente sí se considera a la hora de establecer o no una inadmisión, o de atribuirle a ésta el carácter de imperativa o facultativa<sup>1295</sup>. La segunda se refiere a la data de la condena. Como ya mencionábamos, muchos países contemplan la posibilidad de suprimir o eliminar los antecedentes registrados en el historial penal de una persona una vez transcurrido determinado tiempo desde el cumplimiento de la pena. Pero aún fuera de esta posibilidad, resulta necesario atender el tiempo transcurrido desde el cumplimiento de la condena, como también hacen varias de las más actuales leyes migratorias. Prohibir el ingreso a un potencial migrante por registrarse en su historial penal la comisión de un delito menor, y/o una condena cuyo cumplimiento tiene una “larga data”, debe considerarse una medida desproporcionada.

---

<sup>1294</sup> En el ámbito latinoamericano, es el caso de la ley argentina (art. 29), de la ley peruana (artículo 48) o de la ley ecuatoriana (artículo 137), ninguna de las cuales introduce diferencias en materia de inadmisión o prohibición de ingreso, según fuera considerado el delito más o menos grave.

<sup>1295</sup> Por ejemplo, la reciente Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería chilena, diferencia la gravedad de la comisión de determinados hechos constitutivos de delito a la hora de determinar si estos involucran una prohibición de ingreso de carácter imperativo o de carácter facultativo. En el primer caso, se incluye un catálogo taxativo de delitos que incluyen el homicidio, el tráfico ilícito de estupefacientes, el secuestro o el robo con intimidación o violencia (artículo 32 n° 5). En el segundo caso, en cambio, se incluye la denominación genérica de actos que la ley chilena califique de crimen o simple delito, y que la condena se hubiere producido en los últimos 10 o 5 años respectivamente (artículo 33 n° 1).

## 5. Exclusiones por motivos socioeconómicos

Un quinto y último criterio por el cual los Estados han tradicionalmente excluido a personas migrantes tiene que ver con su situación socioeconómica. No es un misterio el hecho que “migración” y “pobreza” son dos fenómenos entre los cuales existen múltiples conexiones. La desigualdad social y marginalidad económica constituye una de las causas principales por las que millones de personas a lo largo de la historia han dejado sus países de origen buscando un estándar mínimo de vida en otro lugar del globo. La pobreza ha sido generalmente entendida como aquella condición económica y social que enfrenta una persona, cuyos ingresos y recursos son insuficiente para permitirle tener un nivel de vida considerado aceptable en la sociedad en que se vive<sup>1296</sup>. Otras miradas, como la de Amartya Sen, apuntan más bien a la pobreza entendida como una imposibilidad de llevar a cabo los planes de vida propios, es decir, una falta de libertad<sup>1297</sup>.

Desde el s. XIX con Ernst Georg Ravenstein (el demógrafo alemán cuya teoría sobre “leyes de la migración” fue el primer intento por explicar científicamente las causas de los desplazamientos humanos<sup>1298</sup>) en adelante, se ha asociado la situación económica del lugar de origen y de quienes se desplazan como uno de los elementos clave que motivan emprender un proyecto migratorio. De acuerdo con Ravenstein, existiría una clara tendencia al desplazamiento de población desde zonas pobres a zonas ricas, al igual como existiría desde áreas densamente pobladas a áreas poco pobladas<sup>1299</sup>. Lo mismo puede decirse respecto a la más tarde popularizada “*Push-pull Theory*”, según la cual el fenómeno migratorio es el producto de la desigualdad a nivel global, en la medida que es consecuencia de un conjunto de factores económicos, políticos y sociales de “expulsión” desde determinados lugares y de “atracción” hacia otros. La pobreza es

---

<sup>1296</sup> EUROPEAN COMMISSION, 2004, p. 9. A causa de su pobreza, las personas pueden sufrir muchas desventajas: desempleo, bajos ingresos, vivienda inadecuada, asistencia sanitaria insuficiente y obstáculos para acceder al aprendizaje permanente, la cultura, el deporte y las actividades recreativas. A menudo están excluidas y marginadas de la participación en actividades (económicas, sociales y culturales) que son normales para otras personas y su acceso a derechos fundamentales puede estar restringido.

<sup>1297</sup> SEN, 2000, pp. 114-141.

<sup>1298</sup> Este geógrafo construyó un modelo formal a partir de la formulación de una serie de leyes estadísticas y definió la migración como un proceso de relocalización o de desplazamiento de seres humanos en el territorio. En su trabajo establece una serie de vínculos entre el proceso migratorio y los ciclos económicos y expone la tendencia al desplazamiento de la población de zonas densamente pobladas a áreas de baja densidad y de áreas pobres a áreas ricas. LÓPEZ SALA, 2005, pp. 52-53.

<sup>1299</sup> RAVENSTEIN, 1889, pp. 241-305.

uno de estos factores que “expulsan” a migrantes de sus países de origen, y la prosperidad económica es, a su vez, un factor que les “atrae” hacia nuevos destinos<sup>1300</sup>.

Algunos planteamientos de gran interés, como el de Ilya Somin, sostienen que la migración internacional suele ser el ejercicio de una elección política o de un derecho a “votar con los pies” (“*foot voting*”). Esto quiere decir que los migrantes optan por alejarse de aquellos lugares donde las políticas gubernamentales han conducido o no han logrado superar la violencia, la opresión y la pobreza, y desplazarse hacia otros lugares donde las políticas públicas funcionan “mejor” o, al menos, causan “menos daño”<sup>1301</sup>. La pobreza restringe la libertad política de múltiples maneras, al crear condiciones idóneas para que la autoridad estatal (que acaba controlando los recursos vitales) pueda violar más fácilmente ciertas exigencias democráticas. Existiendo pocas o nulas posibilidades de cambiar o zafar de las políticas públicas empobrecedoras, la migración pasa a ser prácticamente el único camino que permite aspirar a una vida digna<sup>1302</sup>.

Ya en el s. XVIII, Vattel planteó que, pese a que la libre circulación debía considerarse una virtud europea liberal, el ejercicio de esta no alcanzaba a “vagabundos” y “marginados”, que podían ser excluidos por los Estados<sup>1303</sup>. Con estos antecedentes, la mayoría de los Estados ha diseñado sus políticas de control a la inmigración considerando el impacto económico de una potencial llegada masiva de personas con carencias materiales que eventualmente tendrían que ser asumidas por las arcas fiscales del país receptor. Como mencionamos en su oportunidad, existe una preocupación permanente por el impacto fiscal de la inmigración, colocando en la balanza el financiamiento de programas sociales, por un lado, y la contribución económica del trabajo migrante, por otro. Es por ello que históricamente las leyes de inmigración han excluido a los inmigrantes insolventes y asegurado, más bien, la admisión de quienes demuestren que son económicamente autosuficientes<sup>1304</sup>.

---

<sup>1300</sup> Esta aproximación al estudio de las migraciones internacionales fue popularizada por Lee en los años sesenta y toma como punto de partida la desigualdad mundial y la diversidad de oportunidades. La decisión de emigrar está basada, por tanto, en un cálculo económico racional y es resultado de la disparidad en las condiciones existentes entre los lugares de origen y de destino. LÓPEZ SALA, 2005, p. 56.

<sup>1301</sup> SOMIN, 2020, p. 65.

<sup>1302</sup> “Para tomar un ejemplo, la crisis económica provocada por las políticas del opresivo gobierno socialista de Venezuela ha permitido que gran parte de la población dependa de las raciones de alimentos emitidas por el gobierno que se niegan a quienes se oponen al partido gobernante”. SOMIN, 2020, p. 170.

<sup>1303</sup> VATTEL, 2008, p. 312. Probablemente Vattel se refería a los romaníes y otras poblaciones social o culturalmente marginadas, lo que sugiere que para aquel pensador el extranjero todavía era un europeo en (o de) Europa. LESTER, 2018, p. 75.

<sup>1304</sup> SONG, 2019, pp. 162-163.

La historia de los Estados Unidos es, nuevamente, un claro ejemplo de cómo es que este criterio de exclusión se institucionalizó a través de la ley migratoria. En la época del “*boom migratorio*” hacia Norteamérica, la pobreza extrema de la mayoría de los inmigrantes recién llegados generó alarma y no pasó mucho tiempo hasta que muchos de ellos comenzaron a ser objeto de hostilidad y xenofobia por parte de la población local. Dicha situación la sufrieron, por ejemplo, los irlandeses que padecieron penosas hambrunas, llegando a ser considerados “los inmigrantes más empobrecidos que jamás llegaron a los Estados Unidos”<sup>1305</sup>. Misma situación sufrieron los italianos, especialmente aquellos provenientes del sur de dicho país, y que fueron rápidamente catalogados como pobres<sup>1306</sup>.

La miseria en que estos inmigrantes seguían viviendo aún después de su llegada era atribuida al hecho de considerárseles “perezosos e indolentes por naturaleza”<sup>1307</sup> o “demasiado flojos para trabajar”<sup>1308</sup>, sin tener presente su precaria situación socioeconómica como una consecuencia de múltiples factores, entre los que se encontraban la xenofobia y segregación de la que eran objeto. La sociedad estadounidense de fines del s. XIX y principios del s. XX asumió que admitir inmigrantes pobres no era solo una carga pública excesiva para las arcas fiscales, sino que también una amenaza para los ideales de autosuficiencia económica y de movilidad social ascendente, considerados “piedras angulares” de la joven república liberal norteamericana<sup>1309</sup>. La supuesta incapacidad productiva de los migrantes y su fracaso a la hora de satisfacer las necesidades básicas de sus familias no podía acabar gravando al resto de ciudadanos libres y trabajadores<sup>1310</sup>. En dicho contexto es que el Congreso de los Estados Unidos ordenó excluir primero a “cualquier persona incapaz de cuidar de sí misma sin convertirse en una carga pública”<sup>1311</sup> y adoptó más tarde la *Immigration Act* de 1917 que, entre otros potenciales migrantes, excluía a “pobres” y “mendigos”<sup>1312</sup>.

---

<sup>1305</sup> LEE, 2019, p. 59.

<sup>1306</sup> LEE, 2019, p. 124.

<sup>1307</sup> LEE, 2019, p. 59.

<sup>1308</sup> LEE, 2019, p. 59.

<sup>1309</sup> LEE, 2019, p. 59.

<sup>1310</sup> LEE, 2019, p. 59.

<sup>1311</sup> *Immigration Act* (Estados Unidos), 1882, ch. 376 párrafo 2. Al mismo tiempo que estas políticas y prácticas excluyentes con migrantes económicamente vulnerables se aplicaban, se inscribía en la Estatua de la Libertad el inspirador poema de Emma Lazarus: *Dadme a vuestros rendidos, a vuestros pobres, / a vuestras hacinadas muchedumbres que anhelan respirar en libertad. / Enviadme a éstos, los desamparados, los que por la tempestad son azotados. / ¡Yo alzo mi antorcha junto al puerto dorado!*».

<sup>1312</sup> ACOSTA, 2018, pp. 97-99; DAS, 2020, p. 32.

Dicho hito fue influyente en muchos países de América Latina, que pronto incorporaron la exclusión por motivos socioeconómicos en sus nacientes legislaciones de extranjería. Es así como la ley brasileña de 1921 prohibió la entrada a “mendigos”, como también a “personas con discapacidad” y “mayores de sesenta años”, por razones estrictamente socioeconómicas<sup>1313</sup>. La idea fue impedir el ingreso de personas que acabasen ocasionando gasto público, y por lo mismo es que su admisión se condicionó al hecho de que un familiar pudiese hacerse cargo y presentara un depósito financiero como garantía de ello<sup>1314</sup>. Otros países, como Argentina, Perú y Uruguay incorporaron a sus legislaciones exclusiones similares, incluyendo a los migrantes pobres dentro del concepto de “inmigración viciosa o inútil”<sup>1315</sup>.

En la actualidad, muchos países continúan excluyendo migrantes atendiendo al criterio socioeconómico, restringiendo el ingreso y la permanencia de quienes se considera que podrían llegar a generar costos al sistema de protección social, principalmente laboral, de salud y educacional<sup>1316</sup>. La acreditación de solvencia económica es uno de los elementos más importantes para que la autoridad decida sobre la admisión en frontera o sobre el otorgamiento de un visado o permiso de residencia, pues se teme que el inmigrante sea una persona que no quiera o no pueda trabajar<sup>1317</sup>. La *Immigration and Nationality Act* de los Estados Unidos declara como inadmisibles a cualquier extranjero que, en opinión del funcionario consular (en el momento de solicitud de visa) o del Fiscal General (en el momento de solicitar la admisión o ajuste de estatus) “pueda convertirse en una carga pública en cualquier momento”<sup>1318</sup>.

En el ámbito europeo<sup>1319</sup>, España es también uno de aquellos países que exige a los extranjeros acreditar los medios económicos que den garantías de solvencia económica según la motivación declarada en frontera. Los artículos 1º, 4º y 9º del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre

---

<sup>1313</sup> Decreto N° 4.247 (Brasil), 1921.

<sup>1314</sup> ACOSTA, 2018, pp. 98.

<sup>1315</sup> ACOSTA, 2018, pp. 98.

<sup>1316</sup> FEDDERSEN, 2022, p. 303.

<sup>1317</sup> FEDDERSEN, 2022, p. 303.

<sup>1318</sup> *Immigration and Nationality Act* (Estados Unidos), 1952, 212 (a) (4). A juicio de Legomsky y Rodríguez, exclusiones como esta han reflejado históricamente el temor de admitir a extranjeros que potencialmente necesitarán asistencia pública, constituyendo una carga a las finanzas públicas. LEGOMSKY y RODRÍGUEZ, 2009, p. 457.

<sup>1319</sup> En el espacio europeo, el Reglamento (UE) 2016/399 (más conocido como “Código de Fronteras Schengen” se pronuncia en términos bastante rigurosos, toda vez que su art. 8.3 señala categóricamente que, con carácter general, deberá someterse a los nacionales de terceros países a una inspección minuciosa”, la cual, según su letra a), “incluirla la comprobación de las condiciones de entrada”, especificándose en su apartado iv) que ello, entre otros extremos, comprenderá la verificación del objeto de la estancia prevista; recogiendo por otro lado, en su Anexo I, lo que su art. 6.3 conceptúa como “lista no exhaustiva de documentos justificativos” que la guardia de fronteras podrá pedir para comprobar los extremos reseñados.

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que el extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá acreditar “la posesión de los medios económicos suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o, en su caso, estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios”, así como para “el traslado a otro país o el retorno al de procedencia”<sup>1320</sup>. Lo mismo para obtener un visado y/o obtener o renovar una permanencia de estancia o residencia<sup>1321</sup>. En caso contrario, ante ausencia del dinero o del billete de regreso, la policía de frontera procederá a la denegación de la entrada, o la autoridad consular o migratoria a la denegación del visado o permiso de permanencia o residencia.

En las legislaciones migratorias de América Latina también ha tenido presencia la exclusión por motivos socioeconómicos. La hasta hace poco aún vigente Ley de Extranjería chilena prohibía el ingreso a aquellos extranjeros “que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social”<sup>1322</sup>. No obstante, las nuevas leyes sobre la materia adoptadas durante las últimas décadas han restado importancia a la condición socioeconómica del migrante, prescindiendo de esta clase de exclusiones, al menos en lo que al momento de la admisión respecta. Es así como, por ejemplo, la ley uruguaya reconoce “el derecho a la migración (...) sin distinción alguna por motivos de situación económica”<sup>1323</sup>. La nueva ley chilena incluye la situación socioeconómica como una de las categorías sospechosas de discriminación arbitraria en materia migratoria<sup>1324</sup>. Ninguna de estas dos leyes considera la insolvencia económica como causal de inadmisión, como tampoco lo hacen las leyes peruana<sup>1325</sup>, ecuatoriana<sup>1326</sup> ni argentina<sup>1327</sup>, por mencionar algunos ejemplos más.

Estas nuevas leyes migratorias sí reservan un espacio relevante a la solvencia económica en lo que a la autorización de su permanencia o residencia temporal o definitiva respecta. Así es como, en la mayoría de casos, la capacidad económica del migrante es uno de los criterios más relevantes

---

<sup>1320</sup> Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, 2011, art. 1º. Como señala Eliseo Aja para el caso español, la acreditación de recursos económicos suficientes es, junto con la justificación del motivo del viaje, el elemento más importante para decidir en el control en frontera, porque se trata de mostrar que el extranjero tiene medios de vida para su mantenimiento, y el de las personas que le acompañan, durante el tiempo que dure la estancia en el país. AJA, 2012, p. 120-121.

<sup>1321</sup> Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, 2011, artículos 38, 47, 51, 54, 59, 64.

<sup>1322</sup> Decreto Ley N° 1.094 (Chile), 1975, Art. 15 n° 4.

<sup>1323</sup> Ley N° 18.250 de Migración (Uruguay), 2008, art. 1º.

<sup>1324</sup> Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería (Chile), 2021, art. 7º.

<sup>1325</sup> Ley de Migraciones del Perú (Decreto Legislativo N° 1350), 2017.

<sup>1326</sup> Ley Orgánica de Movilidad Humana (Ecuador), 2017.

<sup>1327</sup> Ley N° 25.871 de Migraciones (Argentina), 2004

a la hora de otorgar o prorrogar un permiso de residencia temporal o la permanencia definitiva en el país. La ley ecuatoriana, en varias de sus disposiciones relativas a la autorización de la permanencia temporal o definitiva, alude a la necesidad del migrante de “acreditar los medios de vida lícitos que permitan la subsistencia de la persona solicitante y su núcleo familiar dependiente”<sup>1328</sup>. En el caso chileno, el Reglamento de la Ley de Migración y Extranjería alude a la exigencia de “acreditar actividad económica o ingresos estables que permitan la manutención” a la hora de solicitar un permiso de residencia temporal<sup>1329</sup>, o a la “estabilidad laboral del requirente (...) que permita acreditar ingresos, al menos, la mitad de los meses de residencia temporal en el país”, para el caso de la residencia definitiva<sup>1330</sup>.

Ahora bien, ¿qué juicio podemos hacer sobre las exclusiones migratorias por razones socioeconómicas a la luz de las exigencias básicas de un Estado constitucional democrático? Esta parece ser una pregunta particularmente problemática, donde se manifiesta un razonable conflicto entre el derecho de toda persona a no ser discriminada (en este caso, por su condición económica u origen social) y el derecho a la autodeterminación colectiva de una comunidad política, y a la decisión sobre el uso de los recursos públicos. Nos parece incompatible con el mandato antidiscriminación excluir *per se* a personas migrantes en consideración a su solvencia o condición económica, en el momento de la admisión como también al resolver sobre una eventual expulsión. Ahora, sí parece tener justificación el hecho de considerar el factor socioeconómico a la hora de resolver acerca de la residencia temporal o permanencia definitiva.

Hay varios elementos a considerar para justificar este punto de vista. El primero tiene que ver con el cuestionamiento moral y jurídico que involucra toda discriminación arbitraria contra una persona por su condición de “pobre” o “económicamente insolvente”. La condición social y/o situación económica de una persona es una categoría sospechosa de discriminación arbitraria, con todas las consecuencias que aquello apareja, tal y como mencionamos en su oportunidad. Hace ya varias décadas se ha venido planteando que el rechazo y la hostilidad que sufre la mayoría de migrantes en las sociedades receptoras se basa en su condición de pobreza y marginalidad, y no su condición de extranjeros, ni en su raza, ni en su etnia.

Podríamos considerar la exclusión migratoria fundada en motivos socioeconómicos como una manifestación más de aquel fenómeno que Adela Cortina ha denominado “aporofobia” (término

---

<sup>1328</sup> Ley Orgánica de Movilidad Humana (Ecuador), 2017, artículos 56, 61, 72 y 86.

<sup>1329</sup> Decreto Supremo N° 296 – Reglamento de la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería (Chile), 2022, artículo 56.

<sup>1330</sup> Decreto Supremo N° 296 – Reglamento de la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería (Chile), 2022, artículo 65.

que acuñó el año 1995), y que ha definido como la “fobia” o “rechazo” al *áporos*, al pobre. Dicho en otras palabras, la “aporofobia” consiste en la hostilidad hacia quienes “no tienen recursos, y por lo tanto, no pueden ofrecer nada, o parece que no pueden hacerlo”<sup>1331</sup>. Es la condición de pobreza o vulnerabilidad económica de muchos migrantes la que, a juicio de la filósofa, acaba motivando el rechazo que permanentemente sufre la mayoría de migrantes. Hay otros, en tanto, cuya condición de extranjería, etnia o raza no genera molestia alguna. Al contrario, aquellos migrantes “bien situados”, cuyas aportaciones aumentan el Producto Interno Bruto (PIB) como inversores extranjeros, futbolistas, celebridades y profesionales altamente calificados son recibidos con los brazos abiertos<sup>1332</sup>.

Cortina plantea que la “aporofobia” es un tipo de rechazo peculiar, pues la pobreza involuntaria “no es un rasgo de la identidad de las personas”<sup>1333</sup>, ni es “una cuestión de opción”<sup>1334</sup>. Se ha transitado un largo camino, aún inconcluso, para superar el paradigma que ha considerado a los pobres como únicos responsables de su situación, y entender más bien que la pobreza tiene causas naturales y sociales que una sociedad justa está llamada a erradicar<sup>1335</sup>. Resulta entonces bastante claro que cuando el derecho estatal de admisión se ejerce para excluir a potenciales migrantes fundándose exclusivamente en su capacidad económica, se les está dispensando un trato discriminatorio y arbitrario que tensiona cimientos básicos de un Estado constitucional democrático<sup>1336</sup>.

La tendencia a atenuar la relevancia de la condición socioeconómica en la mayoría de nuevas legislaciones migratorias latinoamericanas parece un síntoma claro de la conciencia adquirida por algunos Estados en torno a los problemas morales que involucra la prohibición de ingreso o

---

<sup>1331</sup> CORTINA, 2018, p. 23.

<sup>1332</sup> CORTINA, 2018, p. 23. “Y es que no repugnan los orientales capaces de comprar equipos de fútbol o de traer lo que en algún tiempo se llamaban «petro-dólares», ni los futbolistas de cualquier etnia o raza, que cobran cantidades millonarias, pero son decisivos a la hora de ganar competiciones. Ni molestan los gitanos triunfadores en el mundo del flamenco, ni rechazamos a los inversores extranjeros que montan en nuestro país fábricas de automóviles, capaces de generar empleo, centros de ocio, a los que se da el permiso de fumar en sus locales y bastantes privilegios más. Y todo ese largo etcétera de aportaciones extranjeras que aumentan el PIB”.

<sup>1333</sup> CORTINA, 2018, p. 42.

<sup>1334</sup> CORTINA, 2018, p. 43.

<sup>1335</sup> CORTINA, 2018, p. 43.

<sup>1336</sup> Ceriani Cernadas califica las exclusiones basadas en la condición económica del migrante como un criterio discriminatorio para determinar qué personas estarían inhabilitadas para ingresar y residir en un territorio. CERIANI CERNADAS, 2013, pp. 16-17. En el ámbito chileno, Díaz Tolosa ha planteado que podría cuestionarse la causa de exclusión migratoria por razones económicas de la antigua Ley de Extranjería chilena, en la medida que no es claro si esta “cumple o no con el principio de igualdad y no discriminación, pues eventualmente se podría sostener que se efectúa una distinción por razón de la posición social y económica de los extranjeros”. DÍAZ TOLOSA, 2016a, p. 195.



expulsión por el solo hecho de ser pobre. También en el ámbito europeo existen algunas señales en este sentido, como por ejemplo la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo al señalar que, el recurso a la asistencia social del Estado Miembro de acogida por parte de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión<sup>1337</sup>.

Ahora bien, el hecho de considerar la exclusión *per se* de migrantes pobres como un rasgo de la política de control de la inmigración reñido con la vigencia de principios básicos del Estado constitucional democrático no obsta el que los motivos de naturaleza económica sí puedan ser ponderados por la autoridad migratoria como un elemento más a la hora de resolver sobre la autorización de permanencia en el país, o sobre la permanencia definitiva. En ejercicio de la autodeterminación política, un pueblo podría considerar razonable que el interesado acredite una solvencia mínima que sea el reflejo de su inserción formal en el mercado del trabajo, a la hora de tomar la decisión sobre extender la permanencia o autorizar la radicación definitiva del migrante en el país receptor. Ponderar este elemento con otros, a efectos de resolver extender la permanencia del migrante o autorizar su residencia definitiva en el país no es equivalente a la exclusión por el solo hecho de carecer de recursos económicos al pretender cruzar la frontera, o al conocerse una eventual expulsión.

Un asunto particularmente problemático a este respecto, y que ha dado cabida a la mayor cantidad de arbitrariedades sufridas por personas migrantes por razones socioeconómicas, dice relación con el uso de expresiones indeterminadas por parte de las leyes migratorias para referirse al nivel de ingresos exigido para considerar solvente a una persona migrante. El sentido y alcance de muchas de estas expresiones suele ser determinado por la policía fronteriza o autoridad administrativa, sin que suelen existir parámetros que permitan objetivizar su aplicación al caso concreto.

La legislación estadounidense, por ejemplo, refiere a la “probabilidad de convertirse en cualquier momento en carga pública”<sup>1338</sup>, lo que genera preguntas sobre el significado de la expresión ‘carga pública’ y a la determinación de la probabilidad de que el migrante se convierta en tal<sup>1339</sup>. La antigua ley chilena empleaba, a su vez, la expresión “carecer de recursos que permitan

---

<sup>1337</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>1338</sup> *Immigration and Nationality Act* (Estados Unidos), 1952, 212 (a) (4).

<sup>1339</sup> “El Manual de Asuntos Exteriores del Departamento de Estado aclara que el mero recibo de fondos públicos no convierte a una persona en carga pública. Más bien, el Departamento de Estado define "carga pública" como

vivir en Chile sin constituir una carga social”<sup>1340</sup>, cuestión que también generó cuestionamientos pues en la práctica era habitual que la autoridad fronteriza exigiera acreditar sumas desproporcionadas a determinados migrantes, muy superiores al monto con que vive una familia chilena promedio.

Otras legislaciones, en cambio, establecen parámetros más claros, que reducen el margen de discrecionalidad del agente aplicador de la norma frente al migrante. Es el caso de la legislación española, que a través de la Orden Ministerial de 10 de mayo de 2007 establece pautas sobre la determinación de los medios económicos que han de acreditar los extranjeros para ingresar al territorio de España<sup>1341</sup>. El criterio básico allí fijado es el del salario mínimo interprofesional, que se adapta año a año al coste de vida (al año 2022, éste alcanza la suma de 1.000 euros brutos mensuales) y a partir del cual se exige al extranjero contar con un 10% del mismo por día y por persona que cruce la frontera. Dicha suma puede portarse en dinero en efectivo, cheques de viaje o tarjetas de crédito.

Una definición de estas características, sin duda, reduce sustancialmente las posibilidades de una aplicación arbitraria de la ley hacia las personas migrantes por parte de la autoridad fronteriza. No obstante, puede cuestionarse el hecho que la ley migratoria exija portar una suma diaria por mucho superior a la suma diaria calculada a partir del salario mínimo interprofesional español para los nacionales y residentes en dicho país, que sería equivalente a un 3% de dicha suma. Lo mismo ocurría en el medio chileno bajo la antigua legislación de extranjería, en que la autoridad migratoria fronteriza exigía a determinados migrantes portar sumas de dinero muy por encima del salario mínimo establecido para los nacionales y residentes en Chile. No resulta justificado un tratamiento diferenciado de tal entidad en el marco de un Estado constitucional democrático.

---

"principalmente dependiente del gobierno de los EE. UU. para su subsistencia", como lo demuestra "la recepción de asistencia pública en efectivo para el mantenimiento de los ingresos" o "la institucionalización para cuidados a largo plazo a expensas del gobierno de los EE. UU." (...) "Tratar de predecir la probabilidad de que un individuo determinado se convierta en una carga pública es más problemático". LEGOMSKY y RODRÍGUEZ, 2009, pp. 459-460.

<sup>1340</sup> Decreto Ley N° 1.094 (Chile), 1975, artículo 15 numeral 4°.

<sup>1341</sup> Orden PRE/1282/2007 sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España, 2007.

### III. Dimensión procedimental o adjetiva de la exclusión de personas migrantes: la expulsión del país y el tratamiento de la libertad personal por la autoridad migratoria

Una segunda dimensión de la exclusión migratoria es la que aquí denominaremos dimensión “procedimental” o “adjetiva”, y que se encuentra asociada al conjunto de formalidades por medio de las cuales la autoridad estatal dispone y materializa la exclusión, colocando a la persona migrante fuera de sus fronteras. El procedimiento de exclusión por excelencia es, como veremos, la medida de expulsión en sus distintas manifestaciones. Ahora bien, existen igualmente otros procedimientos de exclusión, como los procedimientos administrativos por medio de los cuales se adoptan medidas como el rechazo o revocación de un permiso de residencia. Estos no serán objeto de nuestro interés aquí. Sin embargo, conviene sincerar que el análisis de la dimensión procedimental de la exclusión de personas migrantes no se agota con la medida de expulsión, que sí captará nuestra atención.

Dicho esto, y tal como revisamos en su oportunidad, una de las potestades públicas más estrechamente asociadas al control de la inmigración corresponde al derecho que los Estados tienen de expulsar a extranjeros de su territorio<sup>1342</sup>. Por su intermedio, los Estados pueden decidir excluir coactivamente de sus fronteras a quienes se hayan en condición de irregularidad migratoria (*undocumented workers, sans-papiers, clandestini*, entre otras múltiples denominaciones empleadas en el contexto comparado)<sup>1343</sup>, involucrando un desarraigo y retorno forzado, generalmente al país de su nacionalidad. Se trata, tal y como se ha planteado en el medio chileno, de “la medida más gravosa que se le puede imponer a la persona extranjera”<sup>1344</sup> o de “la sanción que conlleva la mayor afectación de derechos del extranjero”<sup>1345</sup>.

La expulsión corresponde a una de las medidas más represivas que el Estado adopta respecto de una persona fuera de la esfera penal, pues involucra una severa restricción, (cuando no afectación) de derechos fundamentales. A través de ella se limita rigurosamente, desde luego, el derecho a la libre circulación de la persona destinataria de la medida, pues la autoridad exige

---

<sup>1342</sup> En nuestro segundo capítulo abordamos el llamado “derecho de expulsión” como una de las competencias estatales que el derecho internacional reconoce en materia de control a la inmigración, a partir del derecho internacional consuetudinario como también a partir de tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>1343</sup> La irregularidad migratoria es una condición jurídica que una persona migrante adquiere por ingresar clandestina o fraudulentamente al territorio del Estado, o por sobrepasar los periodos de estancia autorizados por la autoridad migratoria. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, 2019a, p. 128.

<sup>1344</sup> FEDDERSEN, 2021, p. 190.

<sup>1345</sup> DELLACASA y HURTADO, 2015, p. 157, p. 168.

coercitivamente el abandono del país en que ésta se encuentra, poniendo fin al proyecto migratorio que sostenía<sup>1346</sup>. Pero no solo aquello, pues su naturaleza compulsiva generalmente conlleva además la afectación de la libertad personal del afectado por la medida, al involucrar una detención o privación de libertad transitoria a la espera de su materialización<sup>1347</sup>. A esto hay que sumar los múltiples arreglos, jurídicos o fácticos, por medio de los cuales los Estados pretenden sortear las exigencias básicas del derecho a la tutela judicial efectiva y a un debido proceso, suponiendo una grave afectación de importantes dimensiones de estos derechos, como es el caso del derecho a impugnar la medida, el derecho a defensa, el derecho a la asesoría jurídica o el derecho a la asistencia consular<sup>1348</sup>.

Es por ello que resulta fundamental plantear la pregunta sobre los rasgos de esta institución jurídica y sus límites en el marco de un Estado constitucional democrático. ¿Es la expulsión en sí misma una institución compatible con este modelo de Estado? ¿Qué impacto ha de tener la adopción de los principios básicos de un Estado constitucional democrático en el estatuto jurídico de la expulsión? ¿Hasta qué punto puede la autoridad migratoria disponer de la libertad de circulación y de la libertad personal de las personas migrantes expulsadas? Aunque a lo largo de este trabajo hemos aportado elementos suficientes para responder a varias de estas interrogantes, resulta necesario dar cuenta de algunas cuestiones previas para profundizar luego en el aspecto clave que, a nuestro juicio, constituye la privación de libertad en el contexto de la expulsión.

### **1. Aproximación conceptual: expulsión, deportación, no admisión, devolución, extradición**

Aquello que hoy conocemos genéricamente como “expulsión” corresponde a una institución cuyos antecedentes históricos se remontan a los antiguos derechos consuetudinarios medievales<sup>1349</sup>, tiempos desde los que la imposición del “destierro” o del “exilio” como una forma

---

<sup>1346</sup> FEDDERSEN, 2021, p. 190.

<sup>1347</sup> DELLACASA y HURTADO, 2015, p. 163. Los autores plantean que la privación de libertad “se entiende”, atendido a que “(...) su materialización implica la compra muchas veces de pasajes, según el destino, tanto del expulsado como de sus escoltas de la Policía. Pero el tiempo en que deben ser llevados a cabo estos procedimientos debe ser el más breve posible (...)”.

<sup>1348</sup> A todos estos derechos asociados a un debido proceso para las personas migrantes hicimos referencia en el nuestro segundo capítulo, enfatizando en que la idea de un “debido proceso sustantivo” extiende la aplicación de estas garantías no solo a los procedimientos que se sustancian ante los tribunales de justicia sino que también a los procedimientos administrativos.

<sup>1349</sup> Por ejemplo, se ha planteado que en lugares como Inglaterra la institución del “destierro” data del siglo XIII. MARKOWITZ, 2011, pp. 1308-1309. Esto, considerando una formulación más o menos institucionalizada de la medida, puesto que en el imaginario occidental colectivo se han codificado “imágenes arquetípicas”, que incluyen el “desalojo de Adán y Eva del Jardín del Edén; Jacobo y sus hijos abandonando la tierra de Canaán hacia Egipto, y siglos más

de castigo penal era aplicable respecto de cualquier persona, con independencia de sus vínculos con la comunidad política que resolviera excluirle (es decir, no era exclusivamente procedente respecto de extranjeros)<sup>1350</sup>. Pese a las transformaciones que, por supuesto, trajo consigo la formación del Estado moderno y el monopolio del poder político, la naturaleza fundamentalmente penal de esta medida se prolongó hasta bien entrado el siglo XIX<sup>1351</sup>, o a inicios del s. XX en países como los de América Latina, cuyas legislaciones migratorias datan de las primeras décadas de dicha centuria<sup>1352</sup>. Solo a partir de entonces, esta medida comienza a considerarse también una institución de policía administrativa, carácter que conserva hasta nuestros días en la mayoría de los Estados, con las ventajas que ello involucra para el cumplimiento de las funciones propias de la autoridad migratoria y, a su vez, los peligros que también acarrea para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

En consecuencia, podría decirse que la sofisticación paulatina del estatuto jurídico de esta institución, tiene como correlato la introducción de matices terminológicos que dan cuenta de modalidades específicas de abandono, salida o egreso forzado del territorio estatal ordenado respecto de personas migrantes. Así, entre estas modalidades específicas de “expulsión en sentido amplio”, es posible mencionar al menos (i) la expulsión en sentido estricto, (ii) la deportación, (iii) el *refoulement*, la no admisión, el rechazo en frontera o devolución y (iv) la extradición<sup>1353</sup>. Miradas como la de Javier de Lucas han considerado que muchos de estos matices terminológicos constituyen una verdadera “perversión del lenguaje”, pues validan que los Estados se sometan a

---

tarde, el éxodo del pueblo hebreo de la tierra ancestral; (o) el ostracismo tal como lo introdujo Clístenes en Atenas”, por mencionar algunos ejemplos destacables. SZNAJDER y RONIGER, 2009, p. 32.

<sup>1350</sup> MARKOWITZ, 2011, p. 1308.

<sup>1351</sup> “Los modelos históricos dominantes de derecho consuetudinario de Inglaterra y las colonias americanas (...) eran exclusiva y explícitamente de naturaleza criminal. Durante el primer siglo después de la fundación de los Estados Unidos, la regulación de las leyes de inmigración se dejó en gran medida a los estados. También durante este período, la deportación se utilizó únicamente como castigo por delitos graves”. MARKOWITZ, 2011, pp. 1309-1310.

<sup>1352</sup> ACOSTA, 2018, pp. 91-101. El Código Penal chileno, que data de 1863, contempla las penas de “confinamiento” (la expulsión del condenado del territorio de la República con residencia forzosa en un lugar determinado, art. 33), “extrañamiento” (la expulsión del condenado del territorio de la república al lugar de su elección, art. 34), “relegación” (la traslación del condenado a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad, art. 35) y “destierro” (la expulsión del condenado de algún punto de la República, art. 36). Solo con la Ley de Residencia de 1918, el derecho chileno contempla la expulsión de personas extranjeras “indeseables”.

<sup>1353</sup> Igualmente se ha planteado la existencia de “formas encubiertas de deportación”, que escapan a la actuación formal de la autoridad a través de la dictación de medidas como las aquí señaladas. Es, por ejemplo, el caso del llamado “Plan Humanitario de Regreso Ordenado para Extranjeros”, dispuesto por el gobierno chileno y particularmente dirigido a la comunidad haitiana. De este, se ha dicho que “(...) parece bastante a una forma encubierta de deportación masiva y selectiva de extranjeros, si se la analiza a la luz de la práctica jurídica de expulsión de extranjeros que contempla el sistema jurídico chileno”. ANDRADE MORENO, 2019, p. 90.

exigencias menos rigurosas para el respeto de derechos tan elementales como el derecho a defensa y al procedimiento debido, o que se suspenda la vigencia del principio de *non-refoulement* en casos como el de las llamadas “devoluciones en caliente”, “rechazos en frontera” o del “retorno”, en circunstancias que se trata igualmente de expulsiones<sup>1354</sup>.

Aunque el uso de esta terminología no es uniforme u homogéneo en el derecho interno de los Estados, como tampoco en el derecho internacional, resulta importante dar cuenta de las diferentes clases de conductas estatales constitutivas de expulsión, con el objeto de resolver luego si sus peculiaridades individuales involucran alguna diferencia desde el punto de vista de los estándares a los que los Estados se encuentran vinculados en lo que al respeto de la libertad personal de las personas migrantes respecta durante la aplicación de esta medida.

#### **a) ‘Expulsión en sentido estricto’**

En primer lugar, cabe señalar que cuando hablamos de ‘expulsión’ lo hacemos para referirnos (en estricto rigor) al acto de autoridad, sea administrativo o judicial, en virtud del cual una persona de nacionalidad extranjera es compelida de abandonar el territorio del Estado en que se encuentra<sup>1355</sup>. La expresión alude, por tanto, a la decisión unilateral adoptada por la autoridad migratoria administrativa o el tribunal de justicia competente, en orden a disponer bajo apercibimiento compulsivo el egreso imperativo del territorio estatal por parte de la persona objeto de la medida, con independencia de sus causas y de si en su materialización es necesario el empleo de la coerción estatal o si se produce un cumplimiento voluntario de ésta. Así ha sido sostenido por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en su Informe Preliminar sobre expulsión de extranjeros de 2005: “(...) en una primera aproximación, se entiende por expulsión del extranjero, el acto jurídico por medio del cual un Estado obliga a una persona o grupo de personas nacionales de un Estado a abandonar su territorio (...)”<sup>1356</sup>.

#### **b) ‘Deportación’**

---

<sup>1354</sup> DE LUCAS, 2020, pp. 88, 92.

<sup>1355</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, 2019a, p. 157; Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros de la Comisión de Derecho Internacional, con comentarios (2014), documento A/69/10 de las Naciones Unidas, art. 2 a).

<sup>1356</sup> Informe Preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional. Ginebra, 2 de mayo a 2 de junio y 4 de julio a 5 de agosto de 2005. Asamblea General de Naciones Unidas. A/CN.4/554, p. 6, párrafo 13.

En segundo lugar, el uso de la expresión ‘deportación’ en los ordenamientos jurídicos es menos homogéneo y existen por lo menos dos planteamientos en torno de su contenido y a la relación que existe entre aquella y el previamente revisado concepto de ‘expulsión’. Se plantea, por un lado, que con ella se hace referencia al desplazamiento forzado de civiles, prohibido por regla general, en tiempos de ocupación y conflicto armado en el marco del derecho internacional humanitario<sup>1357</sup>. Pero lo cierto es que, más allá de un uso técnicamente correcto en dicho contexto, se trata también de una denominación disciplinar empleada con frecuencia en muchas legislaciones migratorias. En la práctica jurídica anglosajona se trata de una expresión que se utiliza de manera equivalente a la de expulsión. Fuera de dicho particular contexto, se plantea que la expresión ‘deportación’ alude a la materialización del acto de autoridad que ha dispuesto el abandono forzado del territorio estatal por parte de una persona extranjera. En otras palabras, consiste en la aplicación concreta o ejecución fáctica de la orden de expulsión, que involucra el traslado compulsivo de la persona afectada por la medida, en caso de negarse a cumplirla voluntariamente<sup>1358</sup>.

**c) ‘Refoulement’, ‘retorno por no admisión’ o ‘devolución’**

En tercer lugar, podría plantearse que otra denominación específica de abandono forzado del territorio estatal, como es la de ‘devolución’ o ‘retorno por inadmisión o no admisión’, es un concepto limítrofe que, dependiendo del alcance con que se plantee, bien podría considerarse o no una modalidad específica de ‘expulsión’<sup>1359</sup>. En sentido estricto, la ‘no admisión’ consiste en la denegación del permiso para entrar en el territorio del Estado por las autoridades de inmigración, cuando la persona extranjera no cumple con las condiciones de entrada previstas en la legislación nacional de dicho Estado<sup>1360</sup>. En este sentido, podría plantearse que la persona afectada por la medida no ha ingresado efectivamente al territorio del Estado (a lo mucho ha pisado la terminal aérea por la que pretende ingresar o el paso fronterizo terrestre en el que se somete al control de la autoridad), por lo que mal podría ser compelida a abandonarlo, de manera tal que no se trataría de una forma de expulsión.

---

<sup>1357</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, 2019a, p 48; CHETAIL, 2015, pp. 1188 a 1190.

<sup>1358</sup> Sexto Informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional. Ginebra, 19 de marzo, 28 de mayo y 09 de julio de 2010. A/CN.4/565, p. 76, párrafo 91.

<sup>1359</sup> Aparentemente, la distinción entre los conceptos de "expulsión" y "refoulement" proviene de la terminología jurídica empleada en Francia y Bélgica, según la cual el término "expulsión" se referiría a las medidas adoptadas sobre la base de un hecho de caracteres delictuales cometido por un extranjero, mientras que el "refoulement" comprendería una gama más amplia de medidas destinadas a lograr la partida de un extranjero indeseado.

<sup>1360</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, 2019a, pp. 48 y 151.

Sin embargo, una forma alternativa de definir este tipo de medidas estatales resulta más adecuada para garantizar el sometimiento de la autoridad a los estándares y exigencias que la vigencia del Estado constitucional democrático involucra. Debiese considerarse también una modalidad de expulsión el ‘retorno’, ‘devolución’ o ‘reconducción’ que, dentro de un breve plazo, se realiza respecto de aquellas personas extranjeras por haber ingresado efectivamente al territorio del Estado de manera irregular, clandestina o fraudulentamente, sin ajustarse a las exigencias dispuestas por la ley migratoria del Estado en cuestión.

Se ha planteado que el ‘retorno por no admisión’ se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la medida de expulsión, en virtud del concepto restringido con el que hemos comenzado esta revisión. De esta manera, las medidas que el Estado adopta con el objeto de materializar la ‘devolución’ o ‘reconducción’ de las personas extranjeras fuera de sus fronteras no se encontrarían sometidas a los estándares aplicables a la expulsión. Esto, por supuesto, ha generado en los hechos la indefensión de quienes son interceptados dentro del territorio estatal y son privados del ejercicio de ciertos derechos básicos frente a la autoridad administrativa, como ha quedado demostrado a través de prácticas como las denominadas ‘expulsiones en caliente’, a las que hemos hecho referencia con anterioridad<sup>1361</sup>. No obstante, el Segundo Informe sobre expulsión de extranjeros del Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha planteado que no es conveniente enfrentar u oponer la medida de expulsión a las medidas de conducción a la frontera, sino que más bien corresponde considerar que estas últimas “forman parte de las medidas de expulsión en sentido amplio”<sup>1362</sup>.

Este criterio ha sido confirmado por el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pronunciado en febrero de 2020 en el caso N. D. y N. T. con España, en el que se ha establecido que las llamadas “devoluciones en caliente” son una forma de expulsión del territorio español y no un mero rechazo en frontera, sin perjuicio de eximir al Estado español de responsabilidad por la adopción sistemática de estas medidas en Melilla. En consecuencia, se ha planteado que correspondería aplicar lo dispuesto en el artículo 58.3 b) de la Ley Orgánica de Extranjería, aunque

---

<sup>1361</sup> Sexto Informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional. Ginebra, 19 de marzo, 28 de mayo y 09 de julio de 2010. A/CN.4/565, p. 76, párrafo 166. En efecto, el Relator Especial ha determinado que, para efectos de abordar la expulsión de extranjeros, se usará la palabra "expulsión" como un término genérico que comprende todos los casos a los que estas situaciones se refieren y muchas otras, como "el reenvío de un extranjero a un país" o la "exclusión de un extranjero", sin que la enumeración sea exhaustiva.

<sup>1362</sup> Segundo Informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional. Ginebra, 20 de julio de 2006. A/CN.4/573, p. 264, párrafo 166.



si se ha formalizado una solicitud de protección internacional por parte de quienes pretenden ingresar irregularmente al país, “no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámites de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional”<sup>1363</sup>. Esta “necesidad de aplicación de la normativa vigente en materia de asilo y extranjería, desde la consideración de la realidad en la que se incardina, aseguraría la no vulneración de principios constitucionales como el de legalidad, prohibición de la arbitrariedad o seguridad jurídica”<sup>1364</sup>.

#### **d) ‘Extradición’**

Por último, tenemos igualmente el uso de la expresión ‘extradición’ para dar cuenta de otra clase de actos estatales por medio de los cuales se dispone el abandono forzado del territorio estatal por parte de una persona extranjera, aunque consiste más bien en un medio al servicio de la cooperación judicial entre Estados<sup>1365</sup>. Se trata de un acto a través del cual un Estado entrega a otro Estado, a solicitud de éste último, a una persona acusada o condenada por un delito cometido fuera de su territorio, siendo competente el Estado solicitante para detener, enjuiciar o ejecutar la condena<sup>1366</sup>. Se trata de una particular forma de expulsión, que por su propia naturaleza es ajena al control de la inmigración. De hecho, es una medida adoptada bilateralmente, y que procede tanto respecto de personas nacionales como extranjeras, sin perjuicio que a su respecto deben también aplicarse estándares como el principio de ‘no devolución’ o ‘*non refoulement*’, según revisamos también en su oportunidad<sup>1367</sup>.

## **2. Exigencias adjetivas o procesales para el ejercicio del ‘derecho de expulsión’ por parte de los Estados**

A partir de la existencia de esta diversidad terminológica empleada por los ordenamientos jurídicos para dar cuenta de medidas de abandono forzado del territorio de un Estado, cabe preguntarse si las particularidades de cada una de estas clases específicas de expulsión justifican o no un sometimiento diferenciado (robustecido o atenuado según sea el caso) a las exigencias impuestas a la autoridad migratoria por los estándares aplicables a la adopción de esta clase de

---

<sup>1363</sup> Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, 2000, artículo 58.4.

<sup>1364</sup> SOLANES CORELLA, 2020a, p. 815.

<sup>1365</sup> Segundo Informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial. Comisión de Derecho Internacional. Ginebra, 20 de julio de 2006. A/CN.4/573, página 262, párrafo 159.

<sup>1366</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, 2019a, p 87.

<sup>1367</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Soering v. Reino Unido, 1989, párrafo 99.

medidas. El Comité de Derechos Humanos ha resuelto esta interrogante, al menos en lo que a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respecta, al sostener que las exigencias del artículo 13 de dicho instrumento internacional, referidas a la medida de expulsión son aplicables “(...) a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, sea que se describan en el derecho nacional como ‘expulsión’ o de otra forma”<sup>1368</sup>. En la misma línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido que las medidas adoptadas por los Estados respecto de los migrantes indocumentados o irregulares involucran también el apego estricto a exigencias básicas, sustantivas y adjetivas<sup>1369</sup>.

Aunque la expulsión es un acto de autoridad que involucra necesariamente una restricción en el ejercicio de derechos fundamentales por razones de interés general, aquello no permite al Estado lesionar o afectar dichos derechos por el solo hecho de tratarse de una persona migrante. Como hemos señalado con anterioridad, la sola condición de extranjero no es un motivo válido para suspender la vigencia de los derechos fundamentales en un Estado constitucional democrático. Los antecedentes a este respecto se remontan a lo menos al llamado ‘asunto *Chevreau*’, en el cual se planteó que todo expulsado debe ser tratado de un modo apropiado a su situación y que corresponda “a un nivel que, en general, se admita entre las naciones civilizadas”<sup>1370</sup>.

Es efectivo que el derecho estatal de expulsión se encuentra amparado por el orden jurídico internacional, y constituye una manifestación de la autodeterminación con que cuenta cualquier comunidad política organizada. No obstante lo anterior, su ejercicio ha sido paulatinamente limitado por el derecho internacional migratorio. Por tratarse de una medida gravosa en sí misma, y potencialmente lesiva de derechos fundamentales tan básicos como el derecho a no ser discriminado arbitrariamente, la libertad de circulación o la propia libertad personal o ambulatoria, su adopción está sometida a un conjunto de estándares sustantivos y adjetivos que hemos ido revisando, al menos en sus aspectos centrales, a lo largo de estas páginas.

---

<sup>1368</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 15, 1986, párrafos 9 y 10.

<sup>1369</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 18, 2003, párrafo 118: “(...) la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que los Estados respeten y garanticen el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que (...) dicho principio. Tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio”. En el ámbito europeo, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Moustaquim v. Bélgica*, sentencia del 18 de febrero de 1991.

<sup>1370</sup> El 09 de junio de 1931, el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya resolvió una reclamación presentada por Francia contra el Reino Unido en nombre de *Chevreau*, ciudadano francés, que fue detenido por tropas británicas en 1918 durante ciertas operaciones militares realizadas en Persia con el consentimiento del Gobierno de ese país. CASANOVAS Y LA ROSA, 1978, pp. 309-314.

Por una parte, en cuanto a lo que podemos denominar “exigencias sustantivas” de la expulsión, hemos tratado de ofrecer una respuesta a la interrogante con nuestra revisión sobre motivos legítimos de exclusión migratoria, que no solo tienen relevancia a propósito de régimen de admisión de personas migrantes por parte de los Estados, sino que también en materia de expulsión. Al ejercer las potestades públicas de control a la inmigración (incluyendo la adopción de la medida de expulsión), los Estados deben respetar el derecho de las personas migrantes a no ser discriminadas arbitrariamente. De esta manera, las causales que motivan la decisión estatal de expulsar no han de ser discriminatorias.

Tal como hemos planteado anteriormente, existe un conjunto de motivos de exclusión plausibles y compatibles con la vigencia de un Estado constitucional democrático, y otros que han de considerarse injustificados en el marco de dicho modelo estatal y que, por tanto, han de estar proscritos. Entre ellas, mencionamos las exclusiones raciales, ideológicas, las exclusiones penales desproporcionadas, las exclusiones sanitarias que carecen de un fundamento epidemiológico, o las exclusiones económicas subjetivas o arbitrarias.

Por otra parte, en cuanto a lo que podemos denominar ‘exigencias adjetivas o procesales’ de la expulsión, hemos igualmente planteado que la adopción de una medida de esta naturaleza no procede en el marco de un Estado constitucional democrático sin un apego estricto a las mismas garantías procesales mínimas aplicables respecto de cualquier persona. Dichas exigencias se relacionan con la necesaria racionalidad en la toma de decisiones de los órganos estatales y corresponden a la manifestación, que en materia jurídico-migratoria, tiene la garantía de los derechos de los administrados frente a la autoridad, los cuales suelen consagrarse con independencia de la nacionalidad de su titular<sup>1371</sup>.

La consagración de un “debido procedimiento administrativo” a propósito de la expulsión de personas migrantes involucra, en términos generales, asegura la posibilidad de que la persona interesada pueda hacer valer sus intereses en juego frente a la autoridad migratoria, y que éstos sean debidamente ponderados previo a la adopción de una decisión definitiva respecto de su

---

<sup>1371</sup> No obstante, la existencia de un procedimiento administrativo no se agota en la necesidad de salvaguardar los derechos de las personas frente a la propia Administración del Estado. Como señalan García de Enterría y Fernández, la existencia de un procedimiento administrativo constituye también una forma de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2020, p. 472.

abandono forzado del territorio estatal<sup>1372</sup>. Si, en cambio, “se niega, se elimina o se limita arbitrariamente la posibilidad de contradicción so pretexto de especialidades más o menos reales, no puede decirse siquiera que exista verdadero procedimiento en sentido jurídico”<sup>1373</sup>.

Dentro de estas ‘exigencias adjetivas’ que el diseño y la implementación de las políticas y prácticas de expulsión de personas migrantes se encuentran un conjunto de garantías mínimas que nada tiene de distinto a aquellas reconocidas a cualquier persona en su vinculación con los órganos administrativos<sup>1374</sup>. Entre estas, todas aquellas que abordamos en nuestro segundo capítulo desde la perspectiva de los estándares internacionales: el que la decisión de expulsión sea debidamente notificada a la persona afectada por la medida, que cada decisión de expulsión sea adoptada considerando las circunstancias particulares de cada persona individualmente considerada, que a la persona afectada por la medida asista la posibilidad de exponer las razones que le asistan contra la expulsión y aportar medios probatorios, el acceso a asistencia jurídica (incluso gratuita, de ser el caso), y a someter la decisión de expulsión a revisión de la autoridad administrativa o judicial competente.

### **3. La detención migratoria: el tratamiento de la libertad personal de las personas migrantes en el contexto del procedimiento de expulsión**

El conjunto de ‘exigencias sustantivas’ y ‘exigencias adjetivas o procesales’ a los que han de someterse los Estados en el diseño y la implementación de sus regulaciones y prácticas en materia de expulsión ilustra de manera bastante clara el modo en que la adopción de las medidas que dispongan el abandono forzado del territorio del país debe producirse en un Estado constitucional democrático. Con independencia de si el discurso estatal se ajusta o no a las prácticas de la

---

<sup>1372</sup> Bajo el epígrafe “garantías judiciales”, el artículo 8.1 de la CADH consagra los principales lineamientos del “debido proceso legal”, que se traduce en el derecho de la persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido por la ley, para la reclamación de sus derechos, el establecimiento de deberes o la determinación de su responsabilidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Salvador Chiriboga v. Ecuador*, 2008, párrafo 56; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yvon Neptune v. Haití*, 2008, párrafo 79; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bayarri v. Argentina*, 2008, p. 492.

<sup>1373</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2020, p. 492.

<sup>1374</sup> Este es un buen ejemplo de cómo es que las leyes migratorias se alzan en muchos Estados como verdaderos ‘estatutos de excepción’ en materia de derechos de las personas migrantes. El hecho de que, de *iure* o de *facto*, se halla privado a las personas migrantes del ejercicio de derechos básicos como el derecho a hacer valer sus intereses ante la autoridad migratoria, a aportar pruebas, a recibir asistencia jurídica o a impugnar administrativa o judicialmente la decisión de expulsión, genera que hoy, plantear la existencia de un conjunto de estándares adjetivos en materia de expulsión se entienda como el reflejo de una protección especializada de derechos de las personas migrantes, en circunstancias que no son ni más ni menos que las garantías mínimas que el ordenamiento jurídico reconoce a cualquier administrado, en un Estado constitucional democrático.

autoridad migratoria, resulta bastante difícil para éstos cuestionar el hecho que el respeto a los derechos de las personas migrantes demanda que éstas tengan derecho a no ser excluidas por motivos discriminatorios, o a reclamar administrativa o judicialmente de la medida que dispone su expulsión. No ocurre lo mismo con una dimensión del procedimiento de expulsión que resulta, a todas luces, una de las más problemáticas. Se trata de la detención migratoria.

Para analizar esta cuestión, debemos tomar como punto de partida el que la materialización de la medida de expulsión dispuesta por la autoridad administrativa o judicial puede llevarse a cabo de dos maneras una vez notificada la medida: a través del abandono ‘voluntario’ del territorio del Estado por parte de la persona expulsada, o bien, mediante el abandono forzado de la misma, es decir, aquel en que la autoridad hace uso de la coacción cuando la persona expulsada no abandona ‘voluntariamente’ el país dentro del plazo que se ha fijado para ello por parte de la autoridad competente. En este último caso es que, para materializar la salida forzosa del país, la autoridad suele restringir o privar temporalmente de libertad a la persona cuya expulsión se ha dispuesto, a la espera de que se gestionen las condiciones materiales para el traslado fuera de las fronteras del país.

Dicha restricción o privación de libertad temporal en el contexto de la expulsión es aquello que conocemos como ‘detención migratoria’, institución jurídica considerada por los Estados como el principal mecanismo con que cuenta la autoridad para materializar la orden de expulsión. En este contexto es que cabe plantear algunas interrogantes sobre la institución de la detención migratoria en el marco de un Estado constitucional democrático. ¿Es plausible que la autoridad migratoria administrativa disponga por decreto de la libertad ambulatoria de una persona migrante, ordenando su detención? En caso de responder afirmativamente, ¿bajo qué condiciones y con qué limitaciones sería aquello posible? ¿Qué rol corresponde que cumplan los tribunales de justicia en la decisión de la detención, y en el control de su ejecución? Estas son algunas de las interrogantes a las que haremos referencia a continuación.

### **3.1 La detención migratoria como una clase de ‘arresto administrativo’ y su impacto en los derechos de las personas migrantes**

La posibilidad de aprehender temporalmente a personas migrantes en el contexto de la expulsión (sea que se haya ordenado la medida y se espere su materialización, o incluso, que la decisión se encuentre pendiente de resolver) es probablemente la dimensión más coactiva del control migratorio. El ‘arresto administrativo’ es una herramienta frecuentemente utilizada por los

Estados en el contexto del control a la inmigración, y es que, como han planteado organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos, “la detención durante los procedimientos de control de la inmigración no es *per se* arbitraria”<sup>1375</sup>. Y es que resulta sensato pensar en esta posibilidad para asegurar la eficacia de la expulsión, cuando se considera que la única forma de materializar la medida cuando la persona a la cual se ha ordenado abandonar el territorio del país no lo hace ‘voluntariamente’, es limitar provisoriamente su libertad individual con el único propósito de dar cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad migratoria administrativa, o el tribunal de justicia, según sea el caso<sup>1376</sup>.

Sin embargo, se trata de un instrumento para el control de la inmigración problemático desde distintos puntos de vista. La primera de las dificultades que enfrenta la ‘detención migratoria’ tiene que ver con su regulación no suele ajustarse a las exigencias que demanda el respeto por los estándares internacionales en materia de libertad personal, y a menudo, ni siquiera a los propios estándares internos que los Estados aplican cuando se trata de la privación de libertad en el contexto de la comisión de un hecho delictual. Suele ser amplia la esfera de discrecionalidad que se reserva a la autoridad migratoria para detener administrativamente a las personas migrantes, quienes ven profundizada la posición de vulnerabilidad o de extrema desventaja que la propia calidad de migrante involucra. Pueden llegar a ver privada su libertad, desde una detención por pocas horas, hasta “la reclusión en centros de internamiento bajo condiciones similares a las carcelarias”<sup>1377</sup>, por periodos indeterminados y con un escaso o inexistente control por parte de un tribunal de justicia.

La detención migratoria es, además, una forma de privación de libertad (por muy temporal que sea) “anómala” o “*sui generis*”. En primer lugar, consiste en una privación de libertad que se aplica por la comisión de una infracción de carácter administrativo, y no de un ilícito penal, como sucede en la generalidad de casos. En segundo lugar, la detención migratoria es (en muchos lugares del

---

<sup>1375</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 35 sobre el Artículo 9 del PIDCYP (Libertad y seguridad personales), 2014, párrafo 18. Sin embargo, igualmente plantea que “deberá tener en cuenta la posibilidad de utilizar medios menos invasivos para alcanzar el mismo fin, como la obligación de presentarse periódicamente en un lugar, la imposición de una fianza u otras condiciones para evitar la fuga; y deberá ser objeto de reevaluación periódica y de revisión judicial”.

<sup>1376</sup> Así ha sido, de hecho, planteado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que “la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación” (...) “la detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vélez Loor v. Panamá, 2012, párrafo 169.

<sup>1377</sup> BENHABIB, 2004, p. 181.

mundo) una forma de detención o arresto de carácter administrativo, en la que apenas se ejerce un control por parte de los tribunales de justicia (en casos como el chileno, con carácter *ex post*). Ambos rasgos son problemáticos si consideramos que la posibilidad de restringir la libertad personal se entregue a la autoridad administrativa, en circunstancias que justamente en virtud de la importancia que tiene dicho derecho se ha reservado a los tribunales de justicia, y no a la autoridad administrativa, la decisión respecto de cualquier privación, restricción o perturbación de su ejercicio, a través de una autorización *ex ante*.

En consecuencia, se trata de una medida potencialmente lesiva de derechos de las personas migrantes, y por ello, el asunto de la ‘detención migratoria’ ha sido considerado en términos más o menos explícitos por instrumentos internacionales y pronunciamientos de sus organismos de control. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se refiere a la privación de libertad en el marco de un procedimiento de expulsión<sup>1378</sup>. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que “si estos procedimientos (de expulsión) entrañan detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la privación de la libertad (arts. 9 y 10)”<sup>1379</sup>. A nivel regional, el Convenio Europeo sí reconoce expresamente a la posibilidad de detención migratoria, al establecer que una persona “podrá ser privada de libertad o detenida, conforme a derecho, para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”<sup>1380</sup>. No es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin perjuicio de sus disposiciones relativas, en general, a la detención<sup>1381</sup>, y a los pronunciamientos sobre la materia emanados de la Corte<sup>1382</sup> y la Comisión. Esta última ha planteado que “la detención de migrantes debe ser utilizada como un mecanismo excepcional, y

---

<sup>1378</sup> El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sólo exige que la decisión de expulsión sea adoptada conforme a la ley.

<sup>1379</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 1986.

<sup>1380</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950, artículo 5 párrafo 1 f). En relación con este artículo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Chahal v. Reino Unido* sostuvo que: "113. Sin embargo, el tribunal estima que cualquier privación de libertad bajo el artículo 5 párrafo 1 N) se justifica solo en la medida en que el procedimiento de expulsión se encuentre pendiente. Si dicho procedimiento se ha desarrollado sin la diligencia debida, la detención dejará de ser admisible a la luz del artículo 5 párrafo 11) [...] Por consiguiente, es necesario determinar si la duración del procedimiento de expulsión fue o no excesiva".

<sup>1381</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 22.6: “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 a la ley”.

<sup>1382</sup> A este respecto, cabe mencionar especialmente el fallo *Vélez Loor v. Panamá*, al que hemos hecho referencia en distintos momentos de este trabajo, y particularmente en nuestro capítulo segundo.

los Estados deben establecer leyes y políticas de inmigración que se basen en la presunción de libertad”<sup>1383</sup>.

La entonces Relatora Especial sobre derechos humanos de los migrantes, Gabriela Ramírez Pizarro, manifestó que la detención administrativa en el marco de la expulsión de una persona migrante “jamás debe tener carácter punitivo, y debe garantizarse el respeto de los derechos de los grupos más vulnerables, como mujeres y niños”<sup>1384</sup>. Constató, igualmente, como es que ni la duración de la detención ni la posibilidad real y efectiva de revisión judicial o administrativa de ésta medida suele ajustarse a los estándares que el respeto y garantía de los derechos de las personas migrantes demanda<sup>1385</sup>.

Un ejemplo paradigmático de detención administrativa de personas migrantes es el de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) en el ámbito europeo, establecidos a la luz de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Dicho instrumento autoriza el “internamiento” de inmigrantes irregulares (esto es, su privación de libertad en recintos de carácter no penitenciario), ordenado por la autoridad administrativa o judicial, “especialmente” cuando exista riesgo de fuga o cuando se evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión<sup>1386</sup>. El objetivo declarado tras la adopción de esta Directiva es el establecimiento de normas y procedimientos comunes en materia de retorno de inmigrantes irregulares de terceros países, de conformidad (al menos teóricamente) con los estándares comunitarios e internacionales en materia de protección de los derechos humanos<sup>1387</sup>.

---

<sup>1383</sup> Comunicado de Prensa, 63/2011, CIDH expresa preocupación por nueva ley sobre inmigración en Alabama, Estados Unidos, 24 de junio de 2011, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>1384</sup> Informe presentado por la Relatora Especial de Naciones Unidas para Derechos Humanos de los Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, 2002. párr. 73.

<sup>1385</sup> Es por eso que la Relatora Especial, con respecto a la duración de la detención administrativa, ha expresado que la privación de libertad en procedimientos administrativos no puede extenderse más allá del tiempo necesario para asegurar la eficacia de la expulsión. En consecuencia, la privación de libertad es por esencia provisoria, y durará mientras que las razones apropiadas que la justifiquen se mantengan. Pero lo cierto es que en la práctica los extranjeros permanecen detenidos por largos períodos, ya que los procedimientos de expulsión muchas veces se alargan demasiado por diversos motivos (emisión de documentos de viaje en consulados, procedimientos de revisión, coordinación de viaje, etc.).

<sup>1386</sup> 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. El artículo 15 y 16 de la Directiva regula en detalle la institución del internamiento a efectos de la expulsión y las condiciones de dicho internamiento. Esta Directiva está marcada, entre otras normas, por la vieja Directiva 2001/40 relativa al Reconocimiento Mutuo de las Decisiones en Materia de Expulsión y el llamado acervo *Schengen* sobre la entrada, permanencia y expulsión del territorio de la UE. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2019, p. 218.

<sup>1387</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2019, p. 219-220.



La Directiva ha sido cuestionada por el uso eufemístico de las expresiones “retorno” e “internamiento”, cuando se dice que resultaría más ajustado a la realidad hablar de una “expulsión forzosa” y una “privación de libertad”<sup>1388</sup>.

Sin embargo, la práctica ha demostrado que los Centros de Internamiento de Extranjeros sí funcionan como establecimientos carcelarios. En el caso español, han sido descritos como “espacios cerrados, videovigilados, enrejados, con celdas colectivas, de aislamiento y contenciones, con separación absoluta entre hombres y mujeres, locutorios para visitas, etc.”<sup>1389</sup>. Es decir, las diferencias entre estos lugares y un recinto penal no resultan sencillas de identificar. Por ello se ha planteado que constituyen “una anomalía en el ordenamiento jurídico español”<sup>1390</sup>. Las condiciones materiales de estos establecimientos han sido cuestionadas en múltiples ocasiones por instituciones como el Defensor del Pueblo, sus figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado y el Parlamento Europeo<sup>1391</sup>. Pero no solo las condiciones físicas de la detención y la habitabilidad de dichos establecimientos distan de ajustarse al espíritu que debiese inspirar la organización y funcionamiento de estos recintos. En ellos, existen también afectaciones a la integridad física y psíquica de las personas migrantes allí detenidas, a través del maltrato físico y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>1392</sup>.

En el caso de Chile, la detención de personas migrantes en el contexto de una medida de expulsión también ha sido objeto de cuestionamientos debido a las diversas vulneraciones a derechos fundamentales que ésta ha involucrado en la práctica. Si bien no se encuentra institucionalizada una figura equivalente a los Centros de Internamientos de Extranjeros, se

---

<sup>1388</sup> “Quizás es comprensible la crítica de que, si el objetivo es el retorno, está bien que se le llame así en el título pero si el objetivo es la expulsión forzosa, quizás debería haberse reflejado en el mismo título, al igual que la expresión internamiento debería haberse llamado privación de libertad, que se ajusta más con la realidad”. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2019, p. 220.

<sup>1389</sup> RÍOS MARTÍN, 2019, p. 51. En este trabajo, una revisión de las cuestiones jurídicas relacionadas con la defensa de los derechos humanos ante la aplicación de medidas coactivas por parte de los funcionarios de custodia, en los Centros de Internamiento de Extranjeros.

<sup>1390</sup> DE LUCAS, 2015, p. 37.

<sup>1391</sup> AJA, 2012, p. 257. “Algunos carecían de patios o espacios mínimos al aire libre, otros tenían estancias húmedas y sucias, pocos tenían atención médica y social aceptables. Pero lo peor era seguramente el régimen de funcionamiento (horarios, régimen de visitas, teléfono y comunicación con el exterior, trato de los vigilantes...), que depende del Ministerio del Interior y ha funcionado sin control judicial efectivo, siendo tan rígido que muchos abogados lo han considerado más duro que el de las prisiones”.

<sup>1392</sup> En el caso español, por ejemplo, el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, que regula el funcionamiento y régimen interno de los CIE, permite “el empleo de medios de contención física personal, así como la separación preventiva del interno en habitación individual” (art. 57). En aplicación de los primeros, los agentes de seguridad suelen intervenir con la fuerza mínima imprescindible; no obstante, existen situaciones en las que, lamentablemente, no es así. Existen relatos de agresiones por parte de agentes policiales, que podrían ser constitutivos del delito de tortura. RÍOS MARTÍN, 2019, pp. 51-52.

encuentra igualmente autorizada a través de la ley la privación temporal de libertad de quienes han sido expulsados, con el objeto de materializar la medida. Es el área de Migraciones y Policía Internacional de la policía civil la encargada de proceder al cumplimiento de estas medidas, por lo que son sus cuarteles y dependencias los espacios de detención a la espera de que se produzca el egreso forzoso del territorio nacional de aquellas personas respecto de las cuales se ha dispuesto dicha medida. En este contexto, se han conocido abusos que han motivado el pronunciamiento de los tribunales de justicia, como es el caso del llamado caso del “Cuartel Borgoño” de la Policía de Investigaciones de Chile, en que 17 extranjeros se encontraban detenidos por días o hasta semanas a la espera de la materialización de su expulsión. En este caso, además de la extrema dilación de la detención, había condiciones de insalubridad y hacinamiento<sup>1393</sup>.

### **3.2 La intervención del juez en la detención migratoria puesta en el contexto comparado**

La activa intervención de un tribunal de justicia durante la sustanciación de un procedimiento de expulsión, incluyendo el control de la privación de libertad que involucre la adopción de esta medida es un elemento presente en varias legislaciones migratorias a nivel comparado. Probablemente el caso chileno sea un caso bastante excepcional, si se considera que pese a la modernización que sufrió recientemente su ley sobre la materia, el papel del juez de instancia en materia migratoria sigue siendo escaso o inexistente. Esto, por supuesto, es también una consecuencia derivada del hecho que en el derecho chileno a la fecha siguen sin existir tribunales de lo contencioso-administrativo generales, y solo se han ido creando algunos que se dedican a conocer de materias especializadas como derecho ambiental, derecho tributario y aduanero, o derecho de la contratación pública, todas ellas materias sensibles para la inversión privada.

Como veremos, no ha existido la misma voluntad de robustecer la protección jurisdiccional de los derechos de las personas migrantes en Chile, y particularmente de aquellas que se encuentran en la delicadísima situación de ver privada su libertad individual en el contexto de la adopción de una medida de expulsión. Antes de hacer referencia al caso chileno, nos referiremos brevemente al papel que juega el juez en este contexto en otras latitudes.

#### **a) El procedimiento contencioso administrativo de la ‘deportación’ en los Estados Unidos**

Estados Unidos suele ser un ejemplo clásico de país riguroso en el ejercicio del control a la inmigración, y desde hace décadas, también un ejemplo de país con una activa política de

---

<sup>1393</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 351-2013, 2013.

deportaciones. El ingreso irregular es un delito, y quien lo comete puede estar hasta seis meses privado de libertad, a la espera de la deportación<sup>1394</sup>. Si el ingreso irregular se realiza después de haber sido deportado, el delito es grave, y puede ameritar hasta dos años en prisión. Los procedimientos de deportación son muy lentos, y mientras tanto el inmigrante debe permanecer detenido, por un promedio de 10 meses, pero que en algunos casos se extiende por varios años<sup>1395</sup>. La sola presencia sin autorización no es en sí misma un delito, sino una falta civil<sup>1396</sup>. En la práctica, la detención migratoria es menos frecuente de lo que se piensa, atendido el alto número de ingresos irregulares y el colapso de las cortes de inmigración, lo que incentiva a que la autoridad ejecutiva favorezca la salida o regreso voluntario sin presentar cargos civiles ni criminales<sup>1397</sup>.

El sistema presenta muchos problemas en la práctica. No obstante, resulta interesante el que se trate de un país donde los tribunales de justicia asumen un relevante papel en el control de la autoridad migratoria administrativa durante la sustanciación del procedimiento de expulsión. La decisión misma de la deportación es tomada por el juez de inmigración, y no directamente por la agencia ejecutiva. En dicho contexto, existe un procedimiento contencioso administrativo especializado en materia migratoria, bajo la dirección de la *Executive Office for Immigration Review* (EOI), responsable del sistema judicial migratorio. Bajo este organismo, se encuentra un conjunto de órganos tales como la *Office of the Chief Immigration Judge* (OCIJ), que supervisa a cientos de jueces de inmigración en todo el país, cuyas decisiones pueden apelarse ante la *Board of Immigration Appeals* (BIA), que es el máximo tribunal administrativo en materia de derecho migratorio. Los tribunales federales pueden llegar a intervenir igualmente, inclusive la *U.S. Supreme Court*.

En este contencioso administrativo se enfrenta la persona migrante y agencias dependientes del *Department of Homeland Security* (DHS), principalmente la *Immigration and Custom Enforcement* (ICE), oficina encargada de hacer cumplir la ley migratoria, determinando cuándo se ha infringido la misma, actuando como policía administrativa, deteniendo y procediendo a la deportación de

---

<sup>1394</sup> Generalmente no se levantan cargos criminales ni civiles frente al ingreso irregular. “Dado que los estándares de perseguir un caso criminal son mucho más altos que en los casos migratorios, el gobierno tiene todos los incentivos para mantener las infracciones migratorias fuera del sistema de juzgados criminales. El sistema de juzgados migratorios tiene un retraso de cientos de miles de casos, lo que quiere decir que el gobierno debe asumir el costo de una larga detención voluntaria”. CHOMSKY, 2014, p. 119.

<sup>1395</sup> CHOMSKY, 2014, p. 124.

<sup>1396</sup> La presencia ilegal se vuelve una ofensa criminal solo “cando un extranjero es descubierto en Estados Unidos después de haber sido removido formalmente o después de haber salido de Estados Unidos con una orden de expulsión pendiente”. CHOMSKY, 2014, p. 119; GARCÍA, 2006.

<sup>1397</sup> CHOMSKY, 2014, pp. 119-120.

quienes incumplan la ley y/o se encuentren en condición de irregularidad migratoria<sup>1398</sup>. El procedimiento de deportación suele iniciarse con una notificación del *DHS* a la persona migrante (*Notice to Appear*), requiriendo su comparecencia ante un juez de inmigración, e indicando las disposiciones legales infringidas, junto con informar el derecho de asistencia jurídica y las consecuencias de un fallo adverso en caso de no comparecencia. En la primera audiencia se realiza la formulación de cargos ante el juez, y la persona migrante tendrá que aceptarlos u oponerse a la deportación, caso en el cual se procederá a citar a una nueva audiencia en la que se presentarán los argumentos de cada una de las partes. En ella el juez determinará, en caso que el migrante así lo solicite, la procedencia de algún remedio legal que permita dispensar al migrante de la deportación<sup>1399</sup>. Si aquello no procede, ordenará la deportación, la cual es apelable<sup>1400</sup>.

#### **b) El control judicial del “internamiento” de extranjeros en el derecho migratorio español**

En el ámbito europeo, España es uno de los países cuya legislación migratoria contempla la posibilidad de mantener privada de libertad a una persona migrante por la comisión de infracciones de carácter administrativo, a la espera de su egreso forzoso del territorio nacional. Esta posibilidad de disponer el “internamiento” de un extranjero en un centro de carácter no penitenciario a la espera de su “retorno”, data el año 1985, siendo considerada desde entonces una medida idónea para garantizar la materialización de la medida<sup>1401</sup>. Con anterioridad a la incorporación del “internamiento” como medida posible de adoptar, la posibilidad de mantener detenido al migrante expulsado no podía extenderse más allá de las 72 horas permitidas por la Constitución de dicho

---

<sup>1398</sup> El proceso de deportación también se puede iniciar después de una investigación del Departamento de Justicia (*Department of Justice, DOJ*) o del Departamento del Trabajo (*Department of Labor, DOL*) si dichas oficinas, después de una investigación, determinan la existencia de personas indocumentadas o sin autorización para permanecer o trabajar en el país. También, como ya indicamos, la policía local, tras un arresto por la violación de cualquier ley del estado, condado o ciudad donde fijaste tu domicilio, puede informar al *DHS* sobre personas indocumentadas o que hayan cometido actos delictivos que pueden iniciar un proceso de deportación y cancelar una residencia legal.

<sup>1399</sup> Si demuestran que reúnen las condiciones necesarias para alguno de ellos, el juez puede cancelar la deportación, proveer ajuste de estatus (residencia legal permanente), otorgar asilo, dar la posibilidad de salida voluntaria, u otro remedio legalmente disponible y solicitado por el inmigrante durante el proceso.

<sup>1400</sup> Si ordena una deportación, el inmigrante puede apelar la decisión del juez mediante una “notificación de apelación ante la Junta de Apelación de Inmigración de una decisión de un juez de inmigración” (*Notice of Appeal to the Board of Immigration Appeals from a Decision of an Immigration Judge*). La Junta de Apelación de Inmigración revisa entonces el expediente escrito para tomar una decisión. Si el inmigrante no está de acuerdo con la decisión de la Junta de Apelación de Inmigración (*BIA*, por sus siglas en inglés), puede apelar ante una corte federal, la cual está fuera del proceso administrativo.

<sup>1401</sup> “Hasta entonces, si un extranjero recibía una resolución de expulsión por su situación irregular; pero la Administración no podía ejecutarla inmediatamente y necesitaba esperar varios días la llegada de un avión o de un barco para la repatriación, la situación resultaba difícil para la policía. Si dejaba en libertad al extranjero era probable que desapareciera y no se presentara el día de la expulsión (...)”. *AJA*, 2012, p. 255.

país<sup>1402</sup>, y sin poder aplicar dicha medida en un recinto penal al no mediar la comisión de un hecho delictual. La introducción de esta nueva figura motivó una cuestión de inconstitucionalidad que fue conocida por el Tribunal Constitucional español, que se pronunció favorablemente al “internamiento” a través de una sentencia interpretativa<sup>1403</sup>.

Hoy la detención en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) puede extenderse durante el tiempo necesario para asegurar la expulsión y por un plazo máximo de 60 días, hasta el momento en que se encuentre disponible un medio de transporte para materializar el traslado<sup>1404</sup>. Se trata de una medida adoptada judicialmente, y no por la sola voluntad de la autoridad migratoria administrativa<sup>1405</sup>. En este sentido, la ley española ha ofrecido mayores garantías que la Directiva Comunitaria al resguardo de la libertad personal de las personas migrantes expulsadas, en la medida que esta última admite el internamiento también como una medida puramente administrativa<sup>1406</sup>. Al optar por la decisión judicial, la normativa española soslaya una de las mayores críticas formuladas a la Directiva<sup>1407</sup>, relativa al hecho que ésta tolera el que sea la autoridad administrativa la que disponga del internamiento de las personas migrantes expulsadas sin un adecuado control judicial<sup>1408</sup>.

Ahora bien, el que se trate de una medida que procede únicamente previa autorización judicial no ha impedido que, en la práctica, el internamiento manifieste una serie de problemas que afectan el pleno respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas migrantes. En la práctica, la internación se adopta “como medida cautelar principal y directa, de manera que solo es posible acudir a previsiones menos limitativas de la libertad cuando el juez lo deniegue”<sup>1409</sup>. Además, el

---

<sup>1402</sup> Constitución Española, 1978, artículo 17.2.

<sup>1403</sup> El Tribunal Constitucional en la STC 115/1987 resolvió el problema con una sentencia «interpretativa», es decir, considerando la medida constitucional sólo si se interpretaba que la decisión sobre el internamiento no era de la policía sino del juez, que no era una sanción sino una medida de seguridad para asegurar la expulsión, y por tanto sólo debía durar el tiempo imprescindible (máximo 40 días) para realizar la expulsión. Interpretada de otra forma, la norma sería inconstitucional, que es el significado de “sentencia interpretativa”. AJA, 2012, p. 256.

<sup>1404</sup> AJA, 2012, pp. 255-256. Reglamento para el Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE), 2014, artículo 21.2.

<sup>1405</sup> Reglamento para el Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE), 2014, artículo 2. Esta disposición señala que “nadie podrá ser internado en un centro sin que medie resolución dictada por la autoridad judicial competente que expresamente así lo autorice u ordene”.

<sup>1406</sup> Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 2008, artículo 15; PÉREZ SOLÁ, 2008, p. 9.

<sup>1407</sup> Para ver la incidencia de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento español, véase FERNÁNDEZ ROJO, 2016, pp. 233-258.

<sup>1408</sup> Se ha criticado sobremanera que la decisión de retorno pueda ser una decisión “administrativa”, cuya naturaleza viene determinada expresamente en el art. 3 y 4 cuando establece la definición de “decisión de retorno”, en el sentido de una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2019, p. 220.

<sup>1409</sup> SOLANES CORELLA, 2020a, p. 809.

hecho que la decisión del internamiento sea adoptada por el juez de instrucción de guardia, que es un juez civil y penal, y que normalmente sabe poco de legislación migratoria, de naturaleza fundamentalmente administrativa. Esto resulta problemático, pues la decisión requiere de una valoración del riesgo de fuga o de cumplimiento voluntario de la decisión de retorno, y ello demanda un conocimiento especializado en la temática<sup>1410</sup>.

La localización de los Centros de Internamiento de Extranjeros ha sido también problemática, pues durante largo tiempo la escasa cantidad de establecimientos de detención imposibilitaba un control judicial efectivo e inmediato de las condiciones de detención (podía existir una distancia de 400 o 500 kilómetros de distancia entre el juez que dictaba la medida y el CIE), quedando los migrantes internados enteramente entregados al actuar de la policía, que administra el funcionamiento de estos centros<sup>1411</sup>. Desde 2009, se ha considerado además la previsión de un segundo juez para controlar las condiciones de la detención (el juez de instrucción del lugar donde se ubique el CIE o la Sala de Inadmisión de Fronteras), cuestión que ha permitido que la lejanía deje de ser un obstáculo para verificar que la estancia de los migrantes internos se ajuste a lo dispuesto en la ley<sup>1412</sup>.

De igual manera, en lo que a la duración de la detención cabe señalar que actualmente ésta no podrá exceder de 60 días, sin perjuicio de que la estancia deberá extenderse más que el “tiempo imprescindible” para los fines del expediente<sup>1413</sup>. Aunque el tiempo de permanencia máximo ha sido fuertemente criticado por considerarse excesivo, a este respecto la normativa española sigue garantizando de manera más adecuada la libertad personal de los internos, en comparación a la Directiva Comunitaria que permite extender hasta por 12 meses la detención<sup>1414</sup>.

---

<sup>1410</sup> La Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 62.2, señala que el juez “(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad tomará en consideración las circunstancias concurrentes y en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes”. AJA, 2012, pp. 256-257. Esta situación era causa de tantos problemas que el Defensor del Pueblo en su Informe especial de 2005 solicitó que se reformara para dar la competencia al juez contencioso-administrativo.

<sup>1411</sup> Esta lejanía resultó decisiva en la pérdida del control judicial de los centros, gestionados por la policía. AJA, 2012, p. 257

<sup>1412</sup> AJA, 2012, p. 259.

<sup>1413</sup> Antes eran 40 días. El incremento de 40 a 60 días ha sido muy criticado, por la situación tan especial que significa la estancia en un centro, pero la posibilidad que ofrecía la directiva comunitaria de retorno de alargarlo hasta 12 meses parece disminuir su aspecto negativo, que en medios oficiales se ha tratado de justificar como la diferencia de días que se precisa para repatriar a un extranjero a China y otros países lejanos. AJA, 2012, pp. 258-259.

<sup>1414</sup> Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 2008, artículo 15.6.

### **c) La detención migratoria en la ley chilena y la ausencia de la autorización judicial previa**

El caso chileno ofrece un ejemplo de débil tutela judicial de la libertad individual de las personas migrantes sometidas a detención migratoria en el contexto de materialización de una medida de expulsión, incompatible con las exigencias que el modelo de Estado constitucional democrático demanda para el diseño e implementación del control a la inmigración. En efecto, su legislación migratoria faculta a la autoridad administrativa a disponer, sin autorización judicial de por medio, de la libertad individual de las personas expulsadas durante la ejecución material de dicha medida. Si bien es cierto que en la última década los tribunales de justicia han robustecido el control a la detención migratoria, a través de mecanismos como el *habeas corpus* o acción de amparo, lo cierto es que ni aún la reciente adopción de una nueva Ley de Migración y Extranjería consiguió sintonizar la regulación de este instrumento de control a la inmigración con los estándares en esta materia.

Bajo el imperio de la antigua Ley de Extranjería (Decreto Ley N° 1.094 de 1975) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 587 de 1984), la autoridad migratoria disponía de todos los medios para alcanzar el abandono forzado del país por parte del extranjero expulsado. Para ello, contaba con amplios arbitrios concedidos por la ley, en virtud de los cuales le resultaba posible detener a la persona migrante expulsada sin intervención alguna de los tribunales de justicia<sup>1415</sup>. El extinto Reglamento de Extranjería facultaba a la autoridad migratoria para someter a la persona migrante expulsada “a las restricciones y privaciones de libertad que sean estrictamente necesarias para dar adecuado cumplimiento de aquellas”<sup>1416</sup>. Dentro de dichas restricciones y privaciones de libertad, se encontraban la facultad de allanar el domicilio particular del extranjero, su detención, y otras medidas tales como el retiro de la cédula de identidad, el señalamiento de una localidad de permanencia obligada o la obligación de comparecer periódicamente ante la autoridad policial.

En lo que respecta a la detención del extranjero, una vez personalmente notificado éste del decreto de expulsión, la ley autorizaba a la Policía de Investigaciones a proceder a su aprehensión. Todo esto, sin mediar control judicial alguno acerca de la legalidad de la medida. El periodo por el que se prolongaba dicha detención era relativo, puesto que la ejecución de la medida suele exigir

---

<sup>1415</sup> “Toda detención debe ser de carácter excepcional, pues importa la afectación de un derecho fundamental; excepcionalidad que se incrementa en este caso en el cual la detención no está visada por autoridad judicial”. DÍAZ TOLOSA, 2020, p. 340-341.

<sup>1416</sup> Decreto Supremo N° 597 – Reglamento del Decreto Ley N° 1.094 (Chile), 1984, artículo 176.

la adquisición de pasajes aéreos para el expulsado, y la asistencia de escoltas policiales. Si bien la detención se encontraba limitada temporalmente en la antigua Ley de Extranjería a 24 horas<sup>1417</sup>, aquello no obstaba a que se cometan abusos que han sido conocidos por los tribunales de justicia. Uno de los más emblemáticos, fue el de 17 extranjeros detenidos por días o hasta semanas en el Cuartel Borgoño de la Policía de Investigaciones en Santiago, a la espera de la materialización de su expulsión. En este caso, además de la extrema dilación de la detención, había condiciones de insalubridad y hacinamiento<sup>1418</sup>.

Ahora bien, aunque la reciente adopción de una nueva y moderna legislación migratoria en Chile involucró la consagración de nuevas salvaguardas para los derechos de las personas migrantes detenidas, no incorporó la autorización judicial previa como exigencia para proceder a la aplicación de esta medida. El actual artículo 134 de la nueva Ley de Migración y Extranjería autoriza a la autoridad migratoria a restringir o privar la libertad personal de una persona migrante, administrativamente, sin intervención de un juez que controle la legalidad de dicha medida *ex ante* ni *ex post*. Esta sigue siendo una hipótesis de afectación a la libertad personal que no tiene parangón en el Derecho chileno. Piénsese que únicamente durante una situación de excepcionalidad constitucional tal como el Estado de Sitio, es posible identificar un caso semejante, en la medida que el Presidente de la República se encuentra facultado para arrestar a personas sin orden judicial previa, de conformidad al artículo 43 inciso segundo de la actual Constitución chilena.

Esto resulta una anomalía en el derecho chileno, donde la regla general es que cualquier privación, restricción o perturbación del ejercicio de la libertad ambulatoria requiere de autorización judicial previa<sup>1419</sup>. Las sucesivas reformas al sistema judicial han significado un progresivo avance en la garantía de los derechos fundamentales de las personas. La reforma procesal penal de inicios de este siglo ha sido un hito significativo en dicha materia, que ha asentado principios garantistas en la práctica jurídica. El hecho que la Administración del Estado pueda privar o restringir la libertad personal unilateralmente, en cambio, es evidentemente incompatible con dicha tendencia.

En el Derecho comparado, otras modernas leyes de inmigración como, por ejemplo, la ley argentina del año 2004, han cumplido con la exigencia de intervención judicial en la detención migratoria, estableciendo que: “Firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del

---

<sup>1417</sup> Decreto Ley N° 1.094 (Chile), 1975, artículo 90.

<sup>1418</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 351-2013, 2013.

<sup>1419</sup> Código Procesal Penal (Chile), 2000, artículo 9.



Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla”<sup>1420</sup>. Este es un ejemplo claro del modo en que nuestro legislador debiera regular la detención migratoria de un modo respetuoso de los estándares constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos. Esta podría ser una referencia a la que podría aspirar acercarse la nueva legislación chilena para encaminarse hacia una regulación que ofrezca una protección más adecuada a la libertad personal de quienes son expulsados.

### **3.3 La necesidad de un control judicial reforzado frente a la privación de libertad**

Ahora bien, habida cuenta de esta realidad en que los Estados echan mano a la detención migratoria como una herramienta más para el ejercicio de sus potestades públicas de control a la inmigración, cabe preguntarse bajo qué condiciones puede adoptarse dicha medida, de manera tal que esta involucre apenas una restricción transitoria de la libertad individual de las personas migrantes más no una afectación o vulneración de la misma. Nuestro punto de partida será, por tanto, desechar la compatibilidad de un sistema de detención prolongada o privación de libertad extendida en el tiempo, como ocurre con el régimen de los Centros de Internamiento de Extranjeros en el contexto europeo. Tal y como ha planteado Solanes, la existencia de dichos recintos no es imprescindible, pudiendo identificarse mecanismos distintos al internamiento, que “permiten no tensionar los pilares fundamentales del Estado democrático de derecho como la libertad y la igualdad”<sup>1421</sup>.

En términos generales, habría que decir que el respeto y garantía del derecho a la libertad personal de las personas migrantes demanda que la detención sea una medida rigurosamente justificada, sobre todo considerando que responde a la comisión de infracciones de carácter administrativo. Así por lo menos sucede con la detención en el marco del proceso penal, la que responde a la comisión de hechos de mayor gravedad, como son aquellos constitutivos de delito. En consecuencia, y tal y como ha resuelto por ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta privación excepcional y transitoria de libertad debe realizarse de buena fe, estar estrechamente vinculada al motivo de detención invocado, realizar en un lugar y con condiciones de detención

---

<sup>1420</sup> Ley Nº 25.871 de Migraciones (Argentina), 2004, artículo 70º inciso 1.

<sup>1421</sup> SOLANES CORELLA, 2020a, p. 808. La autora plantea que así ha quedado en evidencia con el cierre de los mismos, derivado de la pandemia de COVID-19.

apropiadas, y no dudar más de lo razonablemente necesario. De lo contrario, dejará de considerarse una medida justificada<sup>1422</sup>.

Fuera de ello, un aspecto particularmente relevante tiene que ver con que las garantías mínimas del debido proceso son igualmente aplicables a la detención administrativa (notificación de la medida, asistencia consular, traducción o interpretación en caso de requerirse, por nombrar algunas de las principales)<sup>1423</sup>. Sin embargo, el elemento central y que constituye una garantía del resguardo de todos estos derechos, tiene que ver con el papel que han de jugar los tribunales de justicia a este respecto. En un Estado constitucional democrático, la autoridad migratoria administrativa no puede adoptar una medida como la ‘detención migratoria’, que es privativa de libertad de la persona migrante, sin intervención judicial que autorice su procedencia y que controle su aplicación.

Como veremos, aquel es el estándar básico en materia de privación de libertad en el orden internacional, como también lo es en el orden constitucional de países como Chile. No obstante, esto no ha sido obstáculo para que la legislación migratoria interna de los Estados generalmente regule esta institución a la luz de exigencias que resultan menos rigurosas en lo que a la protección de la libertad personal en materia penal respecta. Por lo general, nadie está dispuesto a considerar seriamente la privación de libertad por la vía administrativa, o sometida a débiles mecanismos de control judicial, y al mismo tiempo demandar la vigencia plena de los derechos fundamentales en una democracia constitucional. Las garantías básicas que resguardan la libertad ambulatoria de toda persona excluyen esta posibilidad. Sin embargo, cuando quienes sufren la afectación de derechos fundamentales por medidas de esta naturaleza son personas migrantes, resulta que los Estados parecen asumir un compromiso menos riguroso con la vigencia de dichas garantías. Este es un caso paradigmático de cómo es que los Estados conciben la ley migratoria como un verdadero ‘estatuto de excepción’ para las personas migrantes<sup>1424</sup>.

---

<sup>1422</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso A. y otros v. Reino Unido, 2009; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica, 2012; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Amie y otros c. Bulgaria, 2013.

<sup>1423</sup> Tal y como planteamos en nuestro segundo capítulo, al menos en el ámbito interamericano se ha planteado que “las normas del debido proceso en el marco de los instrumentos del sistema pueden aplicarse, no solo a procesos de carácter penal, sino también a procesos que no revisten ese carácter (...) incluidos procesos no penales contra no ciudadanos”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Wayne Smith v. Estados Unidos (informe de admisibilidad), 2006, párrafo 51.

<sup>1424</sup> Tal y como revisamos en nuestro primer capítulo, según autoras como Danièle Lochak, en la mayoría de países el estatuto jurídico de las personas migrantes adopta rasgos de excepcionalidad tales, que colocan a estas personas al margen de las reglas básicas del Estado de Derecho aplicadas a los nacionales. LOCHAK, 2007.

Entre los instrumentos internacionales que merece la pena mencionar, y que sientan las bases de la afirmación que hemos planteado, se encuentra el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, que ha sido adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1988. Pese a que no consiste en un instrumento de derecho internacional convencional, resulta interesante la transversalidad con que pretende establecer algunas pautas al ejercicio de la potestad estatal de privación de libertad, y que por supuesto, incluye también la posibilidad de aplicar la medida de ‘detención migratoria’ en el marco de un procedimiento de expulsión. Bajo esta premisa, dicho instrumento plantea como uno de sus principios clave el que "toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad"<sup>1425</sup>.

La formulación de dicha disposición no excluye la posibilidad de que la medida sea dispuesta por una autoridad de carácter no jurisdiccional. No obstante, la exigencia de intervención judicial a la hora de disponer la privación de libertad del migrante expulsado se ve robustecida por el derecho internacional convencional, que a través de los principales instrumentos internacionales sobre la materia establece como un estándar común a toda privación de libertad el que todo detenido tenga derecho a que la autoridad judicial confirme la legalidad de cualquier periodo de detención (por breve que sea), dentro de un plazo razonable.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ofrece una protección más contundente a la libertad personal de quienes estén detenidos o presos “a causa de una infracción penal”, quienes deben ser llevados sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales<sup>1426</sup>. Quienes son detenidos en el contexto de la aplicación de una medida de expulsión, en tanto, sufren la privación de libertad en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, por lo que no estarían cubiertos por esta garantía. Sin perjuicio de lo anterior, la Observación General N° 35 contiene referencias explícitas a la detención migratoria, mencionando que “no es *per se* arbitraria, pero deberá justificarse que es razonable, necesaria y proporcionada a

---

<sup>1425</sup> Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución 43/173, 1988, artículos 4 y 8.

<sup>1426</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 9.3.

la luz de las circunstancias, y revisarse a medida que se prolongue”<sup>1427</sup>. El Pacto consagra el derecho a recurrir *ex post*, en todo caso, ante un tribunal para que éste se pronuncie sobre la legalidad de la detención<sup>1428</sup>. El Comité ha sostenido que “este derecho es aplicable a toda reclusión que se produzca por una actuación oficial o en virtud de una autorización oficial, incluida (...) la detención en el contexto de la inmigración”<sup>1429</sup>.

En cuanto a los sistemas regionales de protección a los derechos humanos respecta, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que contempla explícitamente como una forma de privación de libertad lícita la “detención o de la privación de libertad, 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”<sup>1430</sup>. Para este caso, dicho tratado contempla el derecho del migrante detenido a recurrir ante un tribunal para que éste se pronuncie sobre la legalidad de la medida y disponga eventualmente la libertad del afectado<sup>1431</sup>. En este sentido, tampoco contempla una exigencia de control judicial obligatorio, la que está reservada para el caso de las detenciones en el ámbito penal<sup>1432</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, y también en el ámbito europeo, la Directiva 2008/115 (en materia de internamiento de extranjeros) establece que cuanto éste haya sido ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros “establecerán un control judicial rápido de la legalidad del internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible (...)”<sup>1433</sup>.

---

<sup>1427</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 35 sobre el Artículo 9 del PIDCYP (Libertad y seguridad personales), 2014, párrafo 18. Señala también que “Los solicitantes de asilo que entran ilegalmente en el territorio de un Estado parte pueden ser privados de libertad durante un breve período inicial con el fin de documentar su entrada, dejar constancia de sus alegaciones, y determinar su identidad si hay dudas sobre ella”. A estos efectos, se referencian casos como *A. v. Australia*, 1993, párrafos 9.3 y 9.4; *Jalloh v. los Países Bajos*, 1998, párrafo 8.2; *Nystrom v. Australia*, 2007, párrafos 7.2 y 7.3.

<sup>1428</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 9.4. “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

<sup>1429</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 35 sobre el Artículo 9 del PIDCYP (Libertad y seguridad personales), 2014, párrafo 40. Aunque resulta evidente, el Comité de Derechos Humanos ha confirmado el hecho que la expresión “todo individuo”, empleada por el tratado, incluye también a “los extranjeros, los refugiados y los solicitantes de asilo, los apátridas, (y) los trabajadores migrantes” (párrafo 6). De igual manera, confirma que medidas como la “detención en dependencias de la policía”, la “detención administrativa” y el “traslado contra la propia voluntad” son consideradas efectivamente privativas de libertad a efectos de lo dispuesto en el Pacto (párrafo 5).

<sup>1430</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950, artículo 5.1 f). “Si se trata de la detención o de la privación de libertad, 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 (...)”

<sup>1431</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950, artículo 5.4. “Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal”.

<sup>1432</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950, artículo 5.3.

<sup>1433</sup> Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 2008, artículo 15.2 a).

La Convención Americana de Derechos Humanos, en cambio, contemplan una protección reforzada a las personas migrantes detenidas en el contexto de la expulsión en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo, pues no restringen la exigencia de intervención judicial inmediata a la privación de libertad producida en el marco de un proceso penal. Ésta establece en su artículo 7.5 que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...)”<sup>1434</sup>. Se trata de una disposición que tiene por objeto evitar detenciones ilegales o arbitrarias, en la medida que la intervención judicial permite verificar la observancia del conjunto de garantías de la libertad personal, incluyendo el examen de licitud de la privación de libertad<sup>1435</sup>. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el caso *Cabrera García y Montiel Flores con México* que:

“(...) el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia”<sup>1436</sup>.

De igual manera, en el caso *López Álvarez con Honduras* ha sostenido que “el control judicial es fundamental frente a cualquier privación de libertad practicada por autoridades administrativas o policiales”<sup>1437</sup>. Mismas consideraciones pueden hallarse en otras sentencias dictadas por dicha Corte, como en el caso *Bámaca Velásquez con Guatemala*<sup>1438</sup> y en el caso *Villagrán Morales y otros con Guatemala*<sup>1439</sup>.

Como ya adelantábamos, la aplicación de este estándar internacional no se extiende exclusivamente a aquellas personas privadas de libertad en el contexto de un proceso penal. Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha permitido sostener que la primera parte del artículo 7.5 es aplicable a toda privación de libertad, incluida la de un extranjero detenido en el contexto de una medida de expulsión<sup>1440</sup>. Así queda en evidencia a partir

---

<sup>1434</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 7.5.

<sup>1435</sup> CASAL, 2019, pp. 234-237.

<sup>1436</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, 2010, párrafo 93.

<sup>1437</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *López Álvarez v. Honduras*, 2006, párrafos 64 y 88.

<sup>1438</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, 2000, párrafo 140.

<sup>1439</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Villagrán Morales y otros v. Guatemala*, 1999, párrafo 135.

<sup>1440</sup> CASAL, 2019, pp. 238-239.

de lo establecido en el caso Vélez Loor con Panamá, en que la Corte estableció que “esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal”<sup>1441</sup>.

En el caso chileno, esta conclusión puede incluso verse reforzada a través de la consideración de estándares constitucionales. Al tratarse de una medida desfavorable emanada de la Administración, cabe aplicar a la detención migratoria en el contexto de una medida de expulsión los estándares que la jurisprudencia constitucional ha ido estableciendo en materia de potestad sancionatoria administrativa. En repetidas ocasiones, y con el fin de extender la garantía de los derechos fundamentales de los administrados, el Tribunal Constitucional chileno ha adoptado un concepto amplio de sanción administrativa, incluyendo en él a todo acto desfavorable que emane de la Administración, con independencia de su finalidad castigadora o reaccional. Así, se han considerado como sanciones administrativas, actos que se pronuncian desfavorablemente sobre un determinado permiso, o actos que sin tener por objeto castigar, buscan el restablecimiento del orden jurídico quebrantado<sup>1442</sup>.

Uno de los estándares constitucionales básicos en esta materia ha sido el que no puede privarse de la libertad personal a una persona administrativamente, sino que esta medida es siempre competencia de los Tribunales de Justicia, debido a la intensidad de la afectación de derechos que la misma involucra. Este Tribunal Constitucional ha sostenido que, aunque el texto de la Constitución de 1980, en su artículo 19 n° 7 letra c), “permite al legislador facultar a la autoridad administrativa para hacer arrestar o detener a alguna persona, también requiere la intervención judicial en estos casos, en orden a que el detenido sea puesto a disposición del juez en un plazo determinado”<sup>1443</sup>. En otras palabras, “la disponibilidad sobre la pérdida de libertad tiene un carácter judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de ejecución de la misma”<sup>1444</sup>. Así lo ha sostenido este tribunal en la sentencia Rol N° 1518-09, al plantear que resulta contraria a la Constitución una medida que consiste en “un verdadero apremio ilegítimo, al

---

<sup>1441</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vélez Loor v. Panamá, 2010, párrafo 107.

<sup>1442</sup> Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 747-07, considerando 5°, en que se ha entendido que actos emanados de la Administración del Estado sin un fin castigador, tales como el otorgamiento o denegación de una concesión o un permiso de telecomunicaciones, tienen igualmente la naturaleza de sanción administrativa. Lo mismo puede decirse a propósito de la sentencia Rol N° 38 de 1986, en la cual se han considerado como sanción administrativa algunas medidas que tienden al restablecimiento del orden jurídico sin un carácter reaccional.

<sup>1443</sup> Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N° 1518-09, 2010, considerando 21°.

<sup>1444</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, 2002, p. 176.

importar una pena privativa de libertad impuesta por la vía administrativa y sin que previamente exista una instancia jurisdiccional que revise dicha actuación”<sup>1445</sup>.

En efecto, la detención migratoria involucra una privación de libertad ordenada administrativamente, y sin intervención de un tribunal de justicia que la ordene *ex ante* o que controle su legalidad *ex post*, lo que supone una anomalía en el Derecho chileno. La posibilidad de actuar unilateralmente y sin intervención judicial previa está reconocida a la Administración del Estado para el cumplimiento de sus fines, en la medida que su actividad no compromete, por lo general, la libertad ambulatoria de las personas, a diferencia de lo que ocurre con las sanciones penales. De hecho, un criterio frecuentemente invocado para distinguir a la actividad sancionadora administrativa es que ésta involucra la afectación de derechos de naturaleza patrimonial o las posiciones jurídicas de naturaleza estatutaria, más no la libertad individual<sup>1446</sup>. Sin embargo, estamos en presencia de una hipótesis anómala, que no puede sustraerse de la vigencia plena de las normas constitucionales.

Los fines que persigue la actividad de la Administración no pueden justificar, en ningún caso, exceder los límites impuestos por la Constitución a la potestad administrativa sancionadora. El robustecimiento de los estándares constitucionales en esta materia debe también proteger a las personas migrantes, en la medida que estas tienen la calidad de administrados respecto de los cuales el Estado ejerce, entre otras, potestades administrativas sancionatorias. La plena igualdad en la titularidad de los derechos reconocidos por el artículo 19 de la Constitución así lo exige. En consecuencia, las medidas que involucren la privación de libertad de una persona son competencia propia de los Tribunales de Justicia, de acuerdo con el artículo 19 n° 7 c) de la Constitución de 1980.

Aunque el texto de la actual Constitución chilena ha dejado abierta la posibilidad de que distintos sujetos sean habilitados para dictar órdenes de detención, al señalar que “éstas deben provenir de un funcionario público expresamente facultado por la ley”, el legislador ha ido eliminando paulatinamente las disposiciones que permitían ordenar la detención a personas distintas del juez, para cumplir con los estándares internacionales en materia de derechos humanos<sup>1447</sup>. La fallida propuesta constitucional de 2022 establecía que la detención solo debía

---

<sup>1445</sup> Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N° 1518-09, 2010, considerando 22°.

<sup>1446</sup> CORDERO QUINZACARA y ALDUNATE LIZANA, 2012, p. 356.

<sup>1447</sup> FALCONE SALAS, 2012, p. 434.

proceder en virtud de una orden judicial, tal y como revisamos en nuestro tercer capítulo<sup>1448</sup>. En materia de control durante la detención, tanto el ordenamiento constitucional como el orden jurídico internacional ofrecen razones para exigirlo tan pronto como se prive de libertad a una persona, sin importar si dicha detención se produce en un contexto penal o no. Como veremos, resulta arbitrario que se apliquen resguardos más vigorosos para la detención penal, que involucra la comisión de hechos delictivos, que para la detención migratoria que apenas involucra la comisión de infracciones de carácter administrativo.

#### **IV. Conclusiones**

La adopción del modelo de “fronteras porosas”, que hemos identificado en el capítulo anterior como el más ajustado a un Estado constitucional democrático no es puramente retórica, teórica o filosófica. Ha de tener consecuencias concretas en el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración, y particularmente en un aspecto específico de éstas como es la exclusión de personas migrantes entendida como el conjunto de medidas y prácticas por medio de las cuales el Estado “aparta” a ciertas personas de su territorio, al considerar que su presencia amenaza o afecta el interés general. Bajo esta premisa, nos hemos propuesto aterrizar al menos parte del andamiaje teórico y dogmático que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo a una muestra de mecanismos concretos a través de los cuales se controla la inmigración, tanto desde su dimensión material como procedimental.

La primera dimensión de la exclusión migratoria es la que aquí denominamos dimensión “material” o “sustantiva”, y que se asocia al conjunto de razones o motivos que los Estados han invocado tradicionalmente para apartar a una persona migrante de sus fronteras. A este respecto, sostuvimos que, en el Estado constitucional democrático, el modelo de fronteras porosas legitima una exclusión calificada y proporcional de ciertas personas, cuestión que demanda el establecimiento de condiciones de admisión y permanencia que no lesionen derechos fundamentales básicos para las personas migrantes, siendo particularmente relevante a este respecto la vigencia del estándar de no discriminación arbitraria. Así las cosas:

- a) La exclusión por motivos raciales, étnicos o culturales debe considerarse incompatible con la vigencia de un Estado constitucional democrático. Aunque la presencia de exclusiones explícitas de esta naturaleza en las legislaciones migratorias ha dejado de significar un

---

<sup>1448</sup> Propuesta de Nueva Constitución Política de la República de Chile, 2022, artículo 110 inc. 2.



problema, las dificultades tienen que ver hoy con la pervivencia de prácticas discriminatorias que excluyen soterradamente a potenciales migrantes portadores de ciertos rasgos étnicos, raciales y también, cada vez más, culturales, considerados “indeseables”, favoreciendo, en cambio, a los que sí cumplen con el cuestionable estándar de selectividad y deseabilidad.

- b) La exclusión por motivos ideológicos, es decir, por la sola y exclusiva adscripción de una persona a determinadas creencias o a un pensamiento político es igualmente incompatible con la vigencia de un Estado constitucional democrático. Si existen motivos para justificar la exclusión por razones de esta naturaleza, estos deben fundarse, más bien, en actos o en una demostrable disposición de actuar del sujeto en cuestión, y no en la pura simpatía o adopción de determinadas ideas.
- c) La exclusión por motivos médicos o sanitarios, en cambio, sí resulta justificada basándose en la legítima preocupación por el resguardo de la salud pública, resultando admisible siempre y cuando su aplicación atienda a criterios de carácter técnico, estrictamente epidemiológicos. Aquello supone dejar fuera un uso “instrumental” de estas exclusiones que ha escondido, en la práctica de muchos Estados, motivos de índole puramente económica o de “moralidad pública”.
- d) La exclusión basada en el historial penal parece igualmente justificada, y sin matices, cuando se trata de quienes se encontraren prófugos de la justicia, o cuya condena se hallare pendiente de ejecución en el país de origen. Ahora bien, cuando se trata de personas que han sido condenadas en el pasado por la comisión de delitos parece necesario introducir por lo menos dos distinciones: la gravedad del delito cometido y la data de la condena. La comisión de delitos graves es un antecedente que mal puede desconocerse cuando se examina la potencial peligrosidad de la presencia de una persona en el territorio nacional de un Estado, y se piensa en adoptar medidas tendientes a favorecer la seguridad de la población. No obstante, excluir a personas por la comisión de un delito de menor entidad, y/o cuando ha transcurrido un tiempo considerable desde la condena, sin reincidencia de por medio, debiese considerarse una diferenciación desproporcionada.
- e) Por último, en relación con la exclusión por motivos socioeconómicos, planteamos que la exclusión *per se* de migrantes pobres está reñida con la vigencia de principios básicos del Estado constitucional democrático y ha de considerarse discriminatoria. No obstante, la

condición económica de una persona sí puede ponderarse por los Estados, como un elemento más a la hora de resolver sobre la residencia o permanencia en el país. A este respecto, una exigencia clave es que la regulación sobre la materia ofrezca parámetros objetivos para determinar, en el caso concreto, si los recursos con que cuenta la persona migrante son o no suficientes para cubrir sus necesidades básicas de acuerdo con la realidad del país receptor.

La segunda dimensión de la exclusión migratoria que aquí denominamos dimensión “procedimental” o “adjetiva”, se encuentra asociada al conjunto de formalidades por medio de las cuales la autoridad estatal dispone y materializa la exclusión, colocando a la persona migrante fuera de sus fronteras. A este respecto, planteamos que la adopción de cualquier medida que suponga el abandono, salida o egreso forzado del territorio estatal ordenado respecto de personas migrantes no es procedente en el marco de un Estado constitucional democrático sin un apego estricto a garantías procesales mínimas. Dichas exigencias se relacionan con la necesaria racionalidad en la toma de decisiones de los órganos estatales y corresponden a la manifestación, que en materia jurídico-migratoria, tiene la garantía de los derechos de los administrados frente a la autoridad, los cuales suelen consagrarse con independencia de la nacionalidad de su titular.

Entre estas exigencias procedimentales, se encuentra el que la decisión de expulsión sea debidamente notificada a la persona afectada por la medida, que cada decisión de expulsión sea adoptada considerando las circunstancias particulares de cada persona individualmente considerada, que a la persona afectada por la medida le asista la posibilidad de exponer sus razones contra la expulsión y aportar medios probatorios, el acceso a asistencia jurídica (incluso gratuita, de ser el caso), y a someter la decisión de expulsión a revisión de la autoridad administrativa o judicial competente.

Pero una exigencia particularmente relevante en esta materia tiene que ver con que la expulsión no involucre una afectación injustificada y/o desproporcionada del derecho a la libertad personal de las personas migrantes. En efecto, la detención migratoria es el principal mecanismo con que cuenta la autoridad estatal para materializar una orden de expulsión cuando la persona a la cual se ha ordenado abandonar el territorio del país no lo hace ‘voluntariamente’. Sin embargo, la regulación de los Estados sobre la materia no suele ajustarse a las exigencias que demanda el respeto por los estándares internacionales en materia de libertad personal, y a menudo, ni siquiera a los propios estándares internos que los Estados aplican cuando se trata de la privación de libertad

en el contexto de la comisión de un delito. La detención migratoria es una forma de privación de libertad ‘anómala’ o ‘*sui generis*’, en la medida que procede frente a una infracción administrativa, donde además apenas se ejerce un control por parte de los tribunales de justicia.

No es compatible con la vigencia de un Estado constitucional democrático un sistema de detención prolongada o privación de libertad extendida en el tiempo para personas migrantes, tal como ocurre con el régimen de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) en el contexto europeo, debiendo adoptarse mecanismos alternativos, distintos al internamiento para la consecución de los legítimos fines que los Estados persiguen con la adopción de medidas como la expulsión. El respeto y garantía del derecho a la libertad personal de las personas migrantes demanda que la detención sea una medida rigurosamente justificada, sobre todo considerando que responde a la comisión de infracciones de carácter administrativo. A este respecto, la exigencia clave se relaciona con el papel que han de jugar los tribunales de justicia al disponer la detención. En un Estado constitucional democrático, la autoridad migratoria administrativa no debiese adoptar una medida como la ‘detención migratoria’, que es privativa de libertad de la persona migrante, sin intervención judicial que autorice su procedencia y que controle su aplicación.

## CONCLUSIONES

Iniciamos este trabajo ofreciendo una reflexión sobre Melilla y Colchane, un par de casos bastante opuestos y extremos de cómo dos Estados constitucionales democráticos, como son España y Chile, ejercen (o no) el control de la inmigración en sus fronteras, allí donde empieza y acaba su soberanía territorial. Desde ese momento adelantamos que ni el uno ni el otro son ejemplos que seguir si se trata de abordar este asunto de manera consecuente con los valores y principios que inspiran la forma de organización política y jurídica que ambos Estados dicen abrazar. Aunque, sin duda, existen tantas variaciones del modelo de democracia constitucional como Estados que adoptan dicha fórmula, existe bastante consenso en que todos ellos comparten ciertos rasgos básicos que pueden decirnos mucho acerca del modo en que han de diseñar e implementar sus políticas de control migratorio.

Tal y como ha planteado Hampshire, “el Estado *importa* cuando se trata de comprender la inmigración”<sup>1449</sup>, y los rasgos clave del modelo de Estado constitucional democrático han de aterrizar en los distintos niveles en los cuales se despliega el ejercicio del control migratorio, sea regulativos o aplicativos. De esta manera, en el marco de un Estado constitucional democrático no puede existir política migratoria al margen de las exigencias derivadas del principio de juridicidad, de la vigencia de un régimen democrático y del respeto y garantía de los derechos humanos, consagrados tanto a nivel interno como en instrumentos internacionales sobre la materia.

La premisa a partir de la cual formulamos nuestra propuesta es que, no obstante ser un elemento más de toda política migratoria y la dimensión menos amigable y más coactiva a través de la cual los Estados se relacionan con las personas migrantes, lo cierto es que las políticas de control juegan un papel fundamental en la gestión estatal de las migraciones internacionales. No puede decirse que exista política migratoria sin control, ni que este sea un elemento más o un simple enfoque con que los Estados abordan este fenómeno. Los Estados tienen un legítimo interés en gestionar los desplazamientos de población desde y hacia su territorio, y el control resulta fundamental para ofrecer respuesta a una serie de desafíos que involucra el mundo globalizado, y que además tienen un impacto decisivo en las condiciones en que se materializa el proyecto migratorio de millones de personas día a día.

---

<sup>1449</sup> HAMPSHIRE, 2013, p. 2. La cursiva es del autor.

Desde el plano de juridicidad, planteamos que el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración en un Estado constitucional democrático han de descansar en dos pilares básicos. El primero de ellos es el orden jurídico internacional, y particularmente los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este contexto, sostuvimos que no tiene sentido abordar actualmente el ejercicio de las competencias estatales de control migratorio como un “enclave de soberanía plena” de los Estados o de exclusiva jurisdicción interna, en circunstancias que el derecho internacional migratorio ha reglado paulatinamente, de manera sustantiva y adjetiva, el modo en que los Estados pueden adoptar medidas de control tales como la inadmisión, la devolución, el otorgamiento o rechazo de un visado, o la expulsión del país.

Aunque existen razones significativas para justificar que los Estados regulen de manera diferente el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia de nacionales y extranjeros, ello no excluye por sí mismo la existencia de un “derecho humano a migrar” o un “derecho humano a ser migrante” (que algunos autores denominan igualmente como *ius migrandi*). Por el contrario, el reconocimiento de un derecho de estas características no solo es plausible en el marco del actual derecho internacional, sino que es igualmente una exigencia derivada del carácter progresivo de la protección internacional de los derechos humanos. Se trata, bajo nuestro concepto, de un derecho limitado y cuyo ejercicio puede estar condicionado, lo no significa simplemente agregar un derecho más a una larga lista de deseos como consideran quienes se inquietan con una “inflación” de los catálogos.

Desde nuestra perspectiva, el reconocimiento del derecho humano a inmigrar acarrea consecuencias para los Estados contemporáneos en al menos dos planos: uno “simbólico” y otro “práctico”. Desde el plano “simbólico”, no hay duda que un pronunciamiento de derechos humanos como este constituye una señal asertiva de la importancia de las libertades identificadas y aclamadas en la formulación del derecho de que se trate, en este caso, de la libertad de emprender un proyecto migratorio. Desde el plano “práctico” se impone a los Estados un estándar más exigente a la hora de ejercer sus potestades de control sobre la inmigración, invirtiendo las lógicas bajo las cuales muchos Estados ejercen actualmente sus competencias para el control migratorio, sin que ello implique mutilarlas o desvirtuarlas.

El segundo pilar jurídico en que ha de descansar el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración en un Estado constitucional democrático es el orden constitucional. El ejercicio de las competencias de control migratorio no puede obviar el marco constitucional de

cada uno de los Estados. Ni el orden jurídico internacional basta por sí mismo, en la medida que su incorporación al derecho interno se despliega, a su vez, dentro de un orden constitucional particular, ni tampoco la ley migratoria puede ser considerada un “estatuto de excepción” que sustraiga o excluya a las personas migrantes de la plena vigencia del bloque de juridicidad que igualmente integran las normas constitucionales.

El derecho constitucional comparado evidencia que para muchos Estados, el fenómeno migratorio es un asunto que ha concitado tal interés que ha llevado a su inclusión en los textos constitucionales, a través de normas de carácter orgánico y de carácter sustantivo. Sin embargo, igualmente existen textos constitucionales en los que no es posible encontrar referencias al fenómeno del desplazamiento internacional de personas. Es el caso de la Constitución chilena de 1980, que no se pronuncia sobre el asunto de la movilidad humana, ni es posible encontrar en su texto expresiones tales como “migración” o “inmigrante”. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para calificar su contenido como rico en principios relevantes para el abordaje de los flujos migratorios por el Estado. En efecto, una interpretación constitucional en clave de movilidad humana me ha permitido dar cuenta del carácter especialmente garantista de la Constitución de 1980 en relación a los derechos de los extranjeros.

Ahora bien, desde el plano de la legitimidad, sostuvimos que en un Estado constitucional democrático, el control migratorio es una institución que se encuentra justificada siempre que se ejerza de un modo que atienda a consideraciones mínimas de justicia y racionalidad. Arribar a dicha conclusión exigió involucrarnos en el intenso debate que se ha desplegado en el seno de la filosofía moral y política, y que se ha desarrollado tradicionalmente en “términos binarios” (fronteras abiertas *versus* fronteras cerradas). Lo cierto es que esta forma binaria, dicotómica o polarizada de aproximarse al asunto ha demostrado ser incompleta e inflexible, no haciendo justicia a un debate que reviste de una complejidad tal que impide atrincherarse exclusivamente en una de estas dos posturas. Resulta más adecuado plantear que el modelo de fronteras que más ajustado a la vigencia de un Estado constitucional democrático es el de fronteras “porosas” a la inmigración (ecléctico o intermedio), es decir, un modelo donde el Estado cuenta con potestades para el control de la inmigración, pero cuyo ejercicio sea calificado, de manera tal que, en relación con la inmigración, la regla general sean las fronteras abiertas y excepcionalmente éstas se cierren a los flujos migratorios. Es decir, un modelo donde la exclusión a través de medidas como la inadmisión, la devolución o la expulsión solo proceda de conformidad con un estatuto jurídico que impida la

adopción de medidas injustificadamente restrictivas, discriminatorias o arbitrarias en ejercicio del poder estatal.

La adopción de dicho modelo no ha de ser puramente retórica, teórica o filosófica. Ha de tener consecuencias concretas en el diseño y la implementación de las políticas de control a la inmigración, y particularmente en un aspecto específico de éstas como es la exclusión de personas migrantes entendida como el conjunto de medidas y prácticas por medio de las cuales el Estado “aparta” a ciertas personas de su territorio, al considerar que su presencia amenaza o afecta el interés general.

Desde aquello que denominamos dimensión “material” o “sustantiva”, en el Estado constitucional democrático, el modelo de fronteras porosas legitima una exclusión calificada y proporcional de ciertas personas, cuestión que demanda el establecimiento de condiciones de admisión y permanencia que no lesionen derechos fundamentales básicos para las personas migrantes, siendo particularmente relevante a este respecto la vigencia del estándar de no discriminación arbitraria. Desde aquello que denominamos dimensión “procedimental” o “adjetiva”, la adopción de cualquier medida que suponga el abandono, salida o egreso forzado del territorio estatal ordenado respecto de personas migrantes no es procedente en el marco de un Estado constitucional democrático sin un apego estricto a garantías procesales mínimas.

Estas últimas exigencias se relacionan con la necesaria racionalidad en la toma de decisiones de los órganos estatales y corresponden a la manifestación, que en materia jurídico-migratoria, tiene la garantía de los derechos de los administrados frente a la autoridad, los cuales suelen consagrarse con independencia de la nacionalidad de su titular. una exigencia particularmente relevante en esta materia tiene que ver con que la expulsión no involucre una afectación injustificada y/o desproporcionada del derecho a la libertad personal de las personas migrantes.

No es compatible con la vigencia de un Estado constitucional democrático un sistema de detención prolongada o privación de libertad extendida en el tiempo para personas migrantes, tal como ocurre con el régimen de los Centros de Internamiento de Extranjeros en el contexto europeo, debiendo adoptarse mecanismos alternativos. En un Estado constitucional democrático, la autoridad migratoria administrativa no debiese adoptar una medida como la ‘detención migratoria’, que es privativa de libertad de la persona migrante, sin intervención judicial que autorice su procedencia y que controle su aplicación. El pleno resguardo de la libertad personal de las personas migrantes expulsadas no puede estar sujeto a estándares menos rigurosos que aquellos que

proceden respecto de quienes son detenidos en el marco de la comisión de un ilícito de naturaleza penal. No hay razones que justifiquen plantear algo diferente.

La vigencia del principio de juridicidad en el diseño de las leyes migratorias y las prácticas de los agentes estatales operadores del sistema como policías o funcionarios es un piso mínimo partir del cual los Estados constitucionales democráticos deben formular sus políticas migratorias si es que pretenden conservar la coherencia interna del modelo de organización político jurídico al que adhieren. Ofrecer una respuesta a la altura del desafío que las migraciones internacionales suponen en un mundo cada vez más globalizado, demanda superar miradas dicotómicas ancladas en presupuestos rígidos que impiden reconocer como igualmente legítimos y valiosos otros intereses en juego que igualmente han de considerarse en la búsqueda de una fórmula. Sin duda, esto no es suficiente. Reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad exige realizar esfuerzos mayores para que al interior de cualquiera sociedad exista una clara conciencia acerca de las causas estructurales de las migraciones internacionales, y de que embarcarse en un proyecto migratorio involucra el ejercicio de un derecho humano.



## BIBLIOGRAFÍA

- ABIZADEH, A., “Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders”, *Political Theory*, V. 36, N° 1 (2008), pp. 37-65.
- ACOSTA, Diego Y FREIER, Feline, 2015: “Turning the Immigration Policy Paradox Upside Down? Populist Liberalism and Discursive Gaps in South America”, *International Migration Review*, vol. 49, n° 3, pp. 659-696.
- ACOSTA, Diego, 2018: *The National versus the Foreigner in South America. 200 Years of Migration and Citizenship Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, 1993: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 14, pp. 9-34.
- AGÜERO SAN JUAN, Claudio; POBLETE ESPÍNDOLA, Gustavo y GARCÍA PETIT, María Cecilia, 2017: “¿Es la *Relectio de Indis* solo un discurso de análisis político?”, *Alpha (Osorno)*, n° 44, pp. 153-173.
- AGUILAR, Luis F., 2005: “Las políticas públicas: su aporte”, en ACOSTA SILVA, Adrián (coordinador), *Democracia, desarrollo y políticas públicas*, Ciudad de México: Centro Universitario de Ciencias Económico-Administrativas Guadalajara.
- AJA, Eliseo, 2012: *Inmigración y democracia*, Madrid: Alianza Editorial.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, 2003a: “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (coordinador), *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 13-62.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, 2003b: “La titularidad de los derechos fundamentales”, *Estudios Constitucionales*, v. 1, n° 1, pp. 187-201.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, 2008: *Derechos Fundamentales*, Santiago: Legal Publishing.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, 2010: “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XXIII, n° 1, pp. 79-102.
- ALEINIKOFF, T. Alexander, 2018: “Inherent Instability: Immigration and Constitutional Democracies Today”, en GRABER, Mark A., LEVINSON, Sanford y TUSHNET, Mark (editores), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York: Oxford University Press, pp. 459-476.
- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, 2007: *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general (Tomo I)*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALEXY, Robert, 2000: “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año n° 5, núm. 8, pp. 21-41.
- ALEXY, Robert, 2017: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALEXY, Robert, 2003: “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (editor), *(Neo)constitucionalismos*, Madrid: Trotta, pp. 31-47.

- ÁLVAREZ DORRONSORO, Ignasi, 1994: “Los retos de la inmigración”, en CONTRERAS, Jesús (compilador), *Los retos de la inmigración: racismo y pluriculturalidad*, Madrid: Talasa, pp. 25-56.
- AMILHAT, A. L., 2013: “Cultura de fronteras”, en Nates, B. E. (editor), *Frontera, fronteras*, Manizales: Universidad de Caldas, pp. 43-60.
- ANDRADE MORENO, Marcos, 2018: “Excepciones a derechos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 14, pp. 226-243.
- ANDRADE MORENO, Marcos, 2019: “Programas de retorno voluntario. El caso chileno”, *Estudios de Derecho*, n° 169, pp. 89-117.
- ANDRADE MORENO, Marcos, 2022: “Política nacional de migración y extranjería en la nueva normativa migratoria”, en RAVETLLAT, Isaac y MONDACA, Alexis (editores), *Comentarios a la Ley de Migración y Extranjería en Chile*, Valencia: Tirant lo Blanch [en prensa].
- AÑÓN ROIG, María José, 2002: “Derechos fundamentales y Estado constitucional”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 40, pp. 25-36.
- AÑÓN ROIG, María José, 2006a: “Discriminación racial: el racismo institucional desvelado”, en ARCOS RAMÍREZ, Federico (editor), *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Madrid: Dickynson, pp. 133-165.
- AÑÓN ROIG, María José, 2006b: “Igualdad y procedimiento administrativo especial para los inmigrantes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 14, 33 páginas.
- AÑÓN ROIG, María José, 2013: “El acceso a la justicia de las personas migrantes: la asistencia jurídica gratuita”, en DE LUCAS, Javier y AÑÓN ROIG, María José (editores), *Integración y derechos: a la búsqueda de indicadores*, Barcelona: Icaria, pp. 289-320.
- ARENAS GARCÍA, Lorea y GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2016: “Identificaciones policiales y discriminación racial en España. Evaluación de un programa para su redacción”, *Boletín Criminológico*, n° 163, 9 páginas.
- ARISTÓTELES, 2011: *Política*, Barcelona: Austral.
- ASTE LEIVA, Bruno, 2020: “Estallido social en Chile: la persistencia de la Constitución neoliberal como problema”, *DPCE online*, v. 42, n° 1, pp. 3-19.
- ATIENZA, Manuel, 2002: “Argumentación jurídica y Estado constitucional”, en *Ideas & Derecho*, n° 2, pp. 153-162.
- BADER, Veit, 2007: “The Governance of Islam in Europe: The Perils of Modelling”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 33, n° 6, pp. 871-886.
- BALKIN, Jack M., 2018: “Constitutional Crisis and Constitutional Rot”, en GRABER, Mark A., LEVINSON, Sanford y TUSHNET, Mark (editores), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York: Oxford University Press, pp. 13-27.
- BANCO MUNDIAL, 2018: *Pobreza: Panorama General*. Informe disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview>
- BANKSTON, Carl Leon, 1998: “Young gangs and the new second generation: A review essay”, *Aggression and Violent Behavior*, v. 3, n° 1.
- BARBER, Sotirios A., 2014: *Constitutional Failure*, Lawrence: University Press of Kansas.

- BASSA MERCADO, Jaime, 2007: “Reserva legal y protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile*, n° 1, pp. 17-41.
- BASSA MERCADO, Jaime, 2008: *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Santiago: Lexis Nexis.
- BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARRUBIA, Fernanda, 2015: “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, *Estudios Constitucionales*, año 13, n° 2, pp. 103-124.
- BASSA MERCADO, Jaime, 2015: “La pretensión de objetividad en la interpretación constitucional”, en BASSA MERCADO, Jaime; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y VIERA ÁLVAREZ, Christian, *La Constitución chilena: una revisión crítica a su práctica política*, Santiago: LOM, pp. 13-33.
- BAUBÖCK, R., 1994: *Transnational Citizenship*, Aldershot: Edward Elgar Publishing.
- BAUBÖCK, R., 2011: “Citizenship and Free Movement”, en SMITH, Rogers M. (editor), *Citizenship, Borders, and Human Needs*, Philadelphia: Pennsylvania University Press, pp. 343-376.
- BAUBÖCK, R., 2015: “Rethinking borders as membranes”, en WEBER, Leanne (editora), *Rethinking Border Control for a Globalizing World*, New York City: Routledge, pp. 169-178.
- BAUMAN, Zygmunt, 2008: *Archipiélago de excepciones*, Buenos Aires: Katz.
- BAUMAN, Zygmunt, 2016: *La globalización: Consecuencias humanas*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- BAUMAN, Zygmunt, 2017: *Extraños llamando a la puerta*, Buenos Aires: Paidós.
- BEINE, M., BOUCHER, A., BURGOON, B., CROCK, M., GEST, J., HISCOX, M., MCGOVERN, P., RAPOPORT, H., SCHAPER, J. y THIELEMANN, E., 2016: “Comparing Immigration Policies: An Overview from the IMPALA Database”, *International Migration Review*, vol. 50, n° 4, pp. 827-863.
- BENHABIB, Seyla, 2004: *Los derechos de los otros: Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona: Gedisa.
- BERMEO, Nancy, 2016: “On Democratic Backsliding”, en *Journal of Democracy*, n° 27, pp. 5-19.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2014: *Derecho Administrativo General*, Santiago: Legal Publishing.
- BLAKE, Michael, 2013: “Immigration, Jurisdiction and Exclusion”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4º, n° 2, pp. 103-130.
- BLOUIN, Cécile, 2021: “Complejidades y contradicciones de la política migratoria hacia la migración venezolana en el Perú”, *Colombia Internacional*, n° 106, pp. 141-164.
- BLUSKE, Guillermo Carlos, 2015: *Las migraciones y el desarrollo de la Argentina en el siglo XXI*, Buenos Aires: Guillermo Carlos Bluske.
- BOBBIO, Norberto, 1981: “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 1, pp. 7-28.
- BONET PÉREZ, Jordi, 2003: *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Bilbao: Universidad de Deusto.

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, 2010: *La independencia judicial en el derecho chileno*, Santiago: Legal Publishing.
- BOUCHER, Anna K., y GEST, Justin, 2018: *Crossroads. Comparative Immigration Regimes in a World of Demographic Change*, Cambridge: Cambridge University Press.
- BOUTAUD SCHEUERMANN, Emilio, 2018: *El debido proceso sustantivo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- BOVERO, Michellangelo, 2000: “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli”, en *Teoría Política*, núm. 3, pp. 19-40.
- BROWNLIE, Ian, 2008: *Principles of International Public Law*, Oxford: Oxford University Press.
- BURSIK, Robert J., 1988: “Social disorganization and theories of crime and delinquency: Problems and prospects”, *Criminology*, v. 26, pp. 519-552.
- CABIESES, Báltica, 2019: “Salud y migración: un proceso complejo y multidimensional”, en ROJAS PEDEMONTE, Nicolás y VICUÑA, José Tomás (editores), *Migración en Chile: Evidencia y mitos de una nueva realidad*, Santiago, LOM, pp. 143-169.
- CABIESES, Báltica; LIBUY, Matías y DABANCH, Jeanette, 2019: *Hacia una comprensión integral de la relación entre migración internacional y enfermedades infecciosas*, Santiago, Colegio Médico de Chile.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo, 2015: “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 42 n° 3, pp. 873-902.
- CARENS, Joseph H., 1987: “Aliens and Citizens: The Case for Open Borders”, en *The Review of Politics*, vol. 49, n° 2, pp. 251-273.
- CARENS, Joseph H., 1992: “Migration and Morality: A Liberal Egalitarian Perspective”, en BARRY, Brian & GOODIN, Robert E. (editores), *Free Movement: Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money*, Pennsylvania: University Press, pp. 25-47.
- CARENS, Joseph H., 2013: *The Ethics of Immigration*, Oxford: University Press.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, 1998: *Teoría General del Estado*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, 1994: *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos.
- CASAL, Jesús María, 2019: “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal”, en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (editores), *Convención Americana de Derechos Humanos Comentada*, México D.F.: Suprema Corte de Justicia de México y Fundación Konrad Adenauer, pp. 222-255.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol, 1978: *Prácticas de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos.
- CASTEDO, Leopoldo, 2001: *Chile: vida y muerte de la República parlamentaria*, Santiago: Editorial Sudamericana.
- CEA EGAÑA, José Luis, 1988: *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago: Editorial Jurídica.

CEA EGAÑA, José Luis, 2012: *Derecho Constitucional Chileno (Tomo II: Derechos, Deberes y Garantías)*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

CERIANI CERNADAS, Pablo, 2009a: “La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5, pp. 85-94.

CERIANI CERNADAS, Pablo, 2009b: “Los derechos de migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región”, en CERIANI CERNADAS, Pablo y FAVA, Ricardo (editores), *Políticas migratorias y derechos humanos*, Remedios de Escalada: Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús, pp. 173-244.

CERIANI CERNADAS, Pablo; FAVA, Ricardo y MORALES, Diego, 2009: “Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Una aproximación desde la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en CERIANI CERNADAS, Pablo y FAVA, Ricardo (editores), *Políticas migratorias y derechos humanos*, Remedios de Escalada: Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús, pp. 117-172.

CERIANI CERNADAS, Pablo, 2011: “Luces y sombras en la Legislación Migratoria Latinoamericana”, *Nueva Sociedad*, n° 233, pp. 68-86.

CERIANI CERNADAS, Pablo, 2013: “Entrada y permanencia de migrantes: notas críticas desde un enfoque de derechos”, *Migraciones. Conferencia Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos: Estándares y Prácticas*, Santiago de Chile: Aún creemos en los sueños, pp. 15-20.

CHANG, Nancy, 2002: *Silencing Political Dissent: How Post-September 22 Antiterrorism Measures Threaten Out Civil Liberties*, New York City: Seven Stories/Open Media.

CHETAIL, Vincent, 2012: “Sources of International Migration Law”, en OPESKIN, Brian; PERROUCHOUD, Richard y REDPATH-CROSS, Jillyanne (editores), *Foundations of International Migration Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 56-91.

CHETAIL, Vincent, 2015: “The Transfer and Deportation of Civilians”, en CLAPHAM, A., GAETA, P., y SASSÒLI, M. (editores), *The Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1185-1214.

CHETAIL, Vincent, 2017: “Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel”, en *The European Journal of International Law*, v. 27, n° 4, pp. 901-922.

CHETAIL, Vincent, 2019: *International Migration Law*, Oxford: Oxford University Press.

CHOMSKY, Aviva, 2014: *Indocumentados. Cómo la inmigración se volvió ilegal*, México D.F.: Crítica.

CHUECA SANCHO, Ángel y AGUELO NAVARRO, Pascual, 2013: “Contenido y límites del ‘ius migrandi’”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 7, n° 2.

CLEMENS, Michael, 2011: “Economics and Emigration: Trillion-Dollar Bills on the Side-walk?”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 25, n° 3, pp. 83-106.

COLE, David, 2003: *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War of Terrorism*, New York City: New Press.

COLE, Phillip, 2000: *Philosophies of Exclusion: Liberal Political Theory and Immigration*, Edimburgh: Edimburgh University Press.

COLE, Phillip, 2011: “Open Borders: An Ethical Defense”, en WELLMAN, Christopher Heath y COLE, Phillip, *Debating The Ethics of Immigration*, New York: Oxford University Press, pp. 159-314.

COLLIER, Paul, 2013: *Éxodo. Inmigrantes, emigrantes y países*, Madrid: Turner.

CODDOU, Alberto, 2017: “Deberes generales de respetar, proteger y promover derechos fundamentales”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (editores), *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*, Santiago: LOM, pp. 373-402.

CONTRERAS, Pablo, 2017: “Titularidad de los derechos fundamentales”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (editores), *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*, Santiago: LOM, pp. 119-160.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo, 2012: “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX, p. 337-361.

CORNELIUS, W. A., y TSUDA, T., 2004: “Controlling Immigration: The Limits of Governmental Intervention”, en CORNELIUS, W. A., TSUDA, T., HOLLIFIELD, J. F. y MARTIN, P. L. (editores), *Controlling Immigration: A Global Perspective*, Redwood City: Stanford University Press.

CORTINA, Adela, 2018: *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Santiago de Chile: Paidós.

CRISTI, Renato, 2011: *El pensamiento político de Jaime Guzmán: Una biografía intelectual*, Santiago: LOM.

CUISON-VILLAZOR, Rose y JOHNSON, Kevin R., 2019: “The Trump Administration and the War on Immigration Diversity”, *Wake Forest Law Review*, v. 54, pp. 101-143.

CUMPLIDO, Francisco, 2003: “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis*, v. 9, nº 1, pp. 365-374.

DAS, Alina, 2020: *No Justice in the Shadows. How America Criminalizes Immigrants*, New York City: Bold Type Books.

DE GENOVA, Nicholas y PEUTZ, Nathalie, 2010: “Introduction”, en DE GENOVA, Nicholas y PEUTZ, Nathalie (editores), *The Deportation Regime. Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Durham y Londres: Duke University Press.

DE LUCAS, Javier, 2002: “La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración”, *Isegoría*, nº 26, pp. 59-84.

DE LUCAS, Javier, 2003a: “Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, nº 1, pp. 43-70.

DE LUCAS, Javier, 2003b: “Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, v. 7, pp. 23-52.

- DE LUCAS, Javier, 2004: “La inmigración, como res política”, *Movimiento de personas e ideas y multiculturalidad*, vol. 2, Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 193-225.
- DE LUCAS, Javier, 2008: “Las globalizaciones y los derechos”, en *Enrahonar*, nº 40/41, pp. 55-66.
- DE LUCAS, Javier, 2009: “La inmigración y la lógica de ‘estado de sitio’ (a propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)”, en DE LUCAS, Javier y SOLANES, Ángeles (editores), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Madrid: Dickynson.
- DE LUCAS, Javier, 2011: “Inmigrantes: Del estado de excepción al Estado de derecho”, *Oñati Socio-Legal Studies*, vol. 1, nº 3.
- DE LUCAS, Javier, 2015: *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Valencia: Tirant Humanidades.
- DE LUCAS, Javier, 2016a: “Déficits y falacias de la democracia liberal ante la gestión de la diversidad: el caso de las políticas migratorias y de asilo”, *Deusto Journal of Human Rights*, nº 1, 2016, pp. 15-37.
- DE LUCAS, Javier, 2016b: “Refugiados e inmigrantes. Por un cambio en las políticas migratorias y de asilo”, *Pasajes: Revista de Pensamiento Contemporáneo*, nº 50, pp. 92-113.
- DE LUCAS, Javier, 2020: “El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia N.D. y N.T. contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *TEORDER*, nº 27, pp. 84-96.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, 1998: “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 100, pp. 13-56.
- DELGADO HINOSTROZA, Pedro Pablo, 2013: *Apátridas, refugiados y migrantes: El derecho a la libre circulación*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- DELLACASA, Francisco José y HURTADO, José María, 2015: *Derecho Migratorio Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DIAMOND, Larry, 2015: “Facing Up to the Democratic Recession”, *Journal of Democracy*, nº 26, pp. 141-155.
- DÍAZ GARCÍA, Iván, 2013: “Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 40, nº 2, pp. 635-668.
- DÍAZ TOLOSA, Regina, 2016a: “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, *Estudios Constitucionales*, v. 14, nº 1, pp. 179-220.
- DÍAZ TOLOSA, Regina, 2016b: “Tribunal Constitucional y ley migratoria chilena: Examen de compatibilidad con los estándares internacionales”, *Tribuna Internacional*, v. 5, nº 9, pp. 139-154.
- DÍAZ TOLOSA, Regina, 2020: “Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno”, *Estudios Constitucionales*, vol. 18, nº 1, pp. 309-352.
- DÍAZ TOLOSA, Regina, 2021: *Estatuto de los migrantes en Chile. Revisión de la normativa nacional e internacional aplicable*, Santiago: DER.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, 2001: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos.

DOMENECH, Eduardo, 2013: “Las migraciones son como el agua: Hacia la instauración de políticas de ‘control con rostro humano’. La gobernabilidad migratoria en la Argentina”, *Polis*, v. 12, n° 35, pp. 119-142.

DOMÍNGUEZ VALVERDE, Cecilia, 2016: “Derecho Chileno Migratorio a la luz del Derecho Migratorio Internacional: ¿Ceden los Derechos Humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n° 1, pp. 189-217.

DONOSO, Alfonso, 2018: “Inmigración y castigo: Contra las leyes de inadmisibilidad penal”, *Política y gobierno*, v. 25, n° 1, pp. 101-123.

DUMMETT, Michael, 2004: *Sobre inmigración y refugiados*, Madrid: Cátedra.

DURÁN MIGLIARDI, Carlos y THAYER, Luis Eduardo, 2017: “Los migrantes frente a la ley: continuidades y rupturas en la legislación migratoria del Estado chileno (1824-1975)”, *Historia* 396, v. 7, n° 2, pp. 429-461.

DWORKIN, Ronald, 2012: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.

ERMIDA URIARTE, Oscar, 2009: “Derecho a migrar y derecho al trabajo”, en OBSERVATORIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR (editor), *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos*, Montevideo: Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur, pp. 27-33.

EUROPEAN COMMISSION, 2004: *Join report on social inclusion*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, 1999: *Los derechos constitucionales (Tomo II)*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

FALCONE SALAS, Diego, 2012: “Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, pp. 433-495.

FAVOREU, Louis Joseph, 2001: “La constitucionalización del Derecho”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XII, pp. 31-43.

FEDDERSEN, Mayra, 2021: *Manual de Derecho Migratorio Chileno*, Santiago: Thomson Reuters.

FEDDERSEN, Mayra, 2022: “La persistencia del paradigma de seguridad en la regulación de los impedimentos de ingreso en la legislación migratoria chilena”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 12, n° 2, pp. 287-327.

FEDDERSEN, Mayra; PASCUAL, Tomás y RODRÍGUEZ-ATERO, Macarena, 2022: “El derecho humano a migrar en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, n° 2, pp. 43-70.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, 2006: *Derecho Constitucional Económico (Tomo I: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia)*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

FERNÁNDEZ LUZURIAGA, Wilson y OLMEDO GONZÁLEZ, Hernán, 2018: “Conflictividad y órdenes mundiales: la Paz de Westfalia y la inauguración del sistema internacional contemporáneo”, *Crítica Contemporánea*, n° 8, pp. 48-75.



- FERNÁNDEZ ROJO, David, 2016: “La detención de extranjeros en situación irregular: impacto de la Directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE en la legislación española”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 53, pp. 233-258.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, 2019: *El derecho de los inmigrantes irregulares a tener derechos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRAJOLI, Luigi, 2000: “Garantías”, *Jueces para la democracia*, nº 38, pp. 39-46.
- FERRAJOLI, Luigi, 2003: Pasado y Futuro del Estado de Derecho, en CARBONELL, Miguel (editor), *(Neo)constitucionalismos*, Madrid: Trotta, pp. 9-29.
- FERRAJOLI, Luigi, 2008: *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, 2011: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi, 2016: *Derechos y garantías. La ley de más débil*, Madrid: Trotta.
- FINE, Sarah, 2019: “Immigration and Discrimination”, en FINE, Sarah y YPI, Lea (editoras), *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*, Oxford: Oxford University Press, pp. 125-150.
- FIORAVANTI, Maurizio, 2016: *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid: Trotta.
- FITZGERALD, Marian, 1997: “Minorities, Crime and Criminal Justice in Britain”, en HAEN MARSHALL, Ineke (editor), *Minorities, Migrant and Crime: Diversity and Similarity Across Europe and the United States*, London: SAGE Publications, pp. 36-61.
- FORSTALL COMBER, Bidy, 2015: *Crepúsculo en un balcón frente a los Andes. Ingleses y la pampa salitrera*, Santiago: Editorial Universitaria.
- FREEMAN, Gary P., 1992: “Migration Policy and Politics in the Receiving Countries”, *International Migration Review*, vol. 29, nº 3, pp. 1114-1167.
- FREEMAN, Gary P., 1995: “Modes of Immigration Policies in Liberal Democratic States”, *International Migration Review*, vol. 29, nº 4, pp. 881-902.
- FREEMAN, Gary P., 2006: “National Models, Policy Types and the Politics of Immigration in Liberal Democracies”, *West European Politics*, vol. 29, nº 2, pp. 227-247.
- FULLER, Timothy, 1993: “Jeremy Bentham [1748-1832], James Mill [1773-1836]”, en STRAUSS, Leo y CROUSEY, Joseph (compiladores), *Historia de la filosofía política*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 668-688.
- GARCÍA, Michael John, 2006: *Jailed Without Justice. Immigration Detention in the USA*, Amnistía Internacional. Disponible en: <https://www.amnestyusa.org/wp-content/uploads/2011/03/JailedWithoutJustice.pdf> [Fecha de consulta: 09 de junio de 2022].
- GARCÍA AÑÓN, José, 2013: “Discriminación, exclusión social y conflicto en sociedades multiculturales: la identificación del perfil étnico”, en GARCÍA AÑÓN, José, y RUIZ SANZ, Mario (editores), *Discriminación racial o étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 281-312.

- GARCÍA AÑÓN, José; BRADFORD, Ben; GARCÍA SÁEZ, José Antonio; GASCÓN CUENCA, Andrés; LLORENTE FERRERES, Antoni, 2013: *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, 2020: *Curso de Derecho Administrativo II*, Pamplona: Thomson Reuters.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2014: “Delincuencia de inmigrantes y motivaciones delictivas”, *InDret*, nº 4, 21 páginas.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa, 2017: “Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19, 28 páginas.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina, 2015: *Norma mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo; y MARTÍNEZ PLACENCIA, Victoria, 2016: *Diccionario Constitucional Chileno*, Santiago: Hueders.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, 2013: “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Estudios Constitucionales*, año 11, nº 2, pp. 229-282.
- GATTI, Umberto; MAFALDI, Daniela y VERDE, Ana, 1997: “Minorities, Migrant and Crime in Italy”, en HAEN MARSHALL, Ineke (editor), *Minorities, Migrant and Crime: Diversity and Similarity Across Europe and the United States*, London: SAGE Publications, pp. 110-126.
- GODOY ARAYA, Rodrigo y DIDIER VON DER HUNDT Marcel, 2014: “Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 10, pp. 139-150.
- GORDON, Edward, 2008: “Grotius and the Freedom of the Seas in the Seventeenth Century”, *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, Vol. 16, Nº 2, pp. 252-269.
- GROTIUS, Hugo, 2005: *The Rights of War and Peace*, Carmel: Liberty Fund.
- GUASTINI, Riccardo, 2014: *Interpretar y argumentar*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GUASTINI, Riccardo, 2016: *La sintaxis del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- GUTIÉRREZ, Horacio, 2010: “Exaltación del mestizo: la invención del roto chileno”, *Universum*, nº 25, v. 1, pp. 122-139.
- HABERLE, Peter, 2001: *El Estado Constitucional*, México D.F.: UNAM.
- HÄBERLE, Peter, 2003: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- HABERMAS, Jürgen, 2009: *El Occidente escindido*, Madrid: Trotta.
- HAGUE, R., HARROP, M. Y BRESLEGIN, S., 1993: *Comparative Government and Politics: An Introduction*, London: MacMillan.
- HAMMAR, Tomas, 1985: “Introduction”, en HAMMAR, Tomas (editor), *European Immigration Policy: A Comparative Case Study*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-13.

HAMMAR, Tomas, 1990: "The Civil Rights of Aliens", en LAYTON-HENRY, Z. (editor), *The Political Rights of Migrants Workers in Western Europe*, London: Modern Politics Series 25.

HAMPSHIRE, James, 2013: *The Politics of Immigration*, Cambridge: Polity Press.

HARAMBOUR R., Alberto, 2016: "Monopolizar la violencia en una frontera colonial: Policías y militares en la Patagonia austral (Argentina y Chile, 1870-1922)", *Quinto Sol*, 20, n° 1. Disponible en <https://dx.doi.org/10.19137/qso867>. [Fecha de consulta: 10.09.2018]

HAYTER, Teresa, 2000: *Open Borders: The Case Against Immigration Controls*, London: Pluto Press.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, 2014: "El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013)", *Ius et Praxis*, año 20, n° 1, pp. 365-376.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, 2018: "El habeas corpus contra las expulsiones ilegales y arbitrarias de migrantes", *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, n° 1.

HING, Bill Ong, 2004: *Defining America through Immigration Policy*, Philadelphia: Temple University Press.

HOBBS, Thomas, 2017: *Leviatán o la materia forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

HOLLIFIELD, James, 1992: *Immigrants, Markets and States: The Political Economy of Postwar Europe*, Cambridge: Harvard University Press.

HOLLIFIELD, Martin y ORRENIUS, Pia, 2014: "The Dilemmas of Immigration Control", en CORNELIUS W.A., TSUDA, T., HOLLIFIELD, J. F., y MARTIN, P. L. (editores), *Controlling Immigration: A Global Perspective*, Redwood City: Stanford University Press, pp. 3-31.

HOLLIFIELD, James, 2016: "American Immigration Politics: An Unending Controversy", *Revue européenne des migrations internationales*, v. 32, n° 3 y 4, pp. 271-296.

HOSEIN, Adam, 2019: *The Ethics of Immigration. An Introduction*, Abingdon: Routledge.

HUNTINGTON, Samuel P., 2004: *¿Quiénes somos? Los desafíos de la identidad nacional estadounidense*, Barcelona: Paidós.

HUNTINGTON, Samuel P., 2020: *¿El choque de civilizaciones? y otros ensayos sobre Occidente*, Madrid: Alianza.

HUQ, Aziz Z. Y GINGSBURG, Tom, 2018: "How to Lose a Constitutional Democracy", *UCLA Law Review*, n° 65, pp. 78-169.

IGLESIAS VILA, Marisa, 2016: "¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, v. XXXII, pp. 119-144.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2020: *Mapa de violaciones a los derechos humanos en el marco de la crisis social*, disponible en: <https://mapaviolacionesddhh.indh.cl/#> [Fecha de consulta: 11 de junio de 2022].

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2014: *Migration and International Human Rights, Guide No. 6*. Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/Universal->

MigrationHRlaw-PG-no-6-Publications-PractitionersGuide-2014-eng.pdf-. [Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2019].

JACOBSON, David, 1997: *Right Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship*, Baltimore: John Hopkins University Press.

JAKOBS, Günther, 2003: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, pp. 19-56.

JANOSKI, Thomas, 2010: *The Ironies of Citizenship: Naturalization and Integration in Industrialized Countries*, Cambridge: Cambridge University Press.

JELLINEK, Georg, 2017: *Teoría general del Estado*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

JUREIDINI, Ray y HASSAN, Said Fares, 2020: “The Islamic Principle of *Kafala* as Applied to Migrant Workers: Traditional Continuity and Reform”, en JUREIDINI, Ray y HASSAN, Said Fares (editores), *Migration and Islamic Ethics. Issues of Residence, Naturalization and Citizenship*, Leiden/Boston: Brill, pp. 92-109.

KANT, Immanuel, 2019: *La paz perpetua*, Madrid: Tecnos.

KATZ, Richard, 1997: *Democracy and Elections*, New York: Oxford University Press.

KELSEN, Hans, 2015: *Teoría General del Estado*, México D.F.: Coyoacán.

KRAUT, Alan M., 2010: “Immigration, Ethnicity, and the Pandemic”, *Public Health Rep.*, 125 (Supplement 3), pp. 123-133.

KUKATHAS, Chandran, 2005: “The Case for Open Immigration”, en Cohen, Andrew I. y Wellman, Christopher Heath (editores), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, Malden: Blackwell Publishing, pp. 193-206.

KYMLICKA, Will, 1996: *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de la minorías*, Barcelona: Paidós.

KYMLICKA, Will, 2006: *Fronteras territoriales*, Madrid: Trotta.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula, 1907: “O decreto N. 1641 de 7 de janeiro de 1907 sobre expulsão de estrangeiros do territorio nacional”, *Revista dos Tribunaes*.

LAHERA PARADA, Eugenio, 2002: *Introducción a las políticas públicas*, Santiago: Fondo de Cultura Económica.

LARA ESCALONA, María Daniela, 2014: “Evolución de la legislación migratoria en Chile: Claves para una lectura (1824-2013)”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 47, pp. 59-104.

LEE, Erika, 2019: *America for Americans. A History of Xenophobia in the United States*, New York City: Basic Books.

LEGOMSKY, Stephen H., y RODRÍGUEZ, Cristina M., 2009: *Immigration and Refugee Law and Policy*, New York City: Foundation Press.

LENDJA NGNEMZUÉ, Ange Bergon, 2008: *Les Étrangers illégaux à la recherché de papiers*, París: L’Harmattan.

LESTER, Eve, 2018: *Making Migration Law. The Foreigner, Sovereignty, and the Case of Australia*, New York City: Cambridge University Press.

- LEVINSON, Sandford y BALKIN, Jack M., 2009: “Constitutional Crises”, *University of Pennsylvania Law Review*, nº 157, pp. 707-754.
- LEVINSON, Sandford y TUSHNET, Mark (editores), 2018: *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York: Oxford University Press.
- LIFANTE, Isabel, 2002: “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *DOXA*, nº 25, pp. 413-439.
- LIFANTE, Isabel, 2012: “Poderes discrecionales”, *Eunomía*, nº 2, pp. 139-144.
- LINDSAY, Matthew K., 2010: “Immigration as Invasion: Sovereignty, Security, and the Origins of the Federal Immigration Power”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 45.
- LIVI BACCI, Massimo, 2012: *Breve historia de las migraciones*, Madrid: Alianza.
- LLANO FRANCO, Jairo Vladimir, 2012: “Estado constitucional: la protección de derechos y dificultades en su concreción”, en *Criterio Libre Jurídico*, nº 17, pp. 45-58.
- LOCHAK, Danièle, 2007: *Face aux migrations: État de Droit ou état de siège*, Paris: Textuel.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, 2017: “Derecho, globalización y economía”, en LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco y PEGORARO, Lucio (directores), *Derecho Constitucional Comparado*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 77-96.
- LÓPEZ SALA, Ana María, 2005: *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona: Anthropos.
- MAIRA, Sunaina, 2010: “Radical Deportation. Alien Tales from Lodi and San Francisco”, en DE GENOVA, Nicholas y PEUTZ, Nathalie (editores), *The Deportation Regime. Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, Durham y London: Duke University Press.
- MANILI, Pablo Luis, 2017: *Manual de Derechos Humanos*, Buenos Aires: La Ley.
- MARIA IACUS, Stefano; SANTAMARIA, Carlos; SERMI, Francesco; SPYRATOS, Spyros; TARCHI, Dario y VESPE, Michele, 2020: “Human mobility and COVID-19 initial dynamics”, *Nonlinear Dyn*, 101, pp. 1901-1919.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., 2005: *Derecho Internacional Público. Parte General*, Madrid: Trotta.
- MARKOWITZ, Peter L., 2011: “Deportation is Different”, *U. Pa. Journal of Constitutional Law*, vol. 1299, pp. 1299-1361.
- MÁRMORA, Lelio, 2010: “Modelos de gobernabilidad migratoria. La perspectiva política en América del Sur”, *REMHU – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, vol. 18, nº 35, pp. 71-92.
- MARSHALL, Ineke, 1997: “Minorities, Crime and Criminal Justice in the United States”, en HAEN MARSHALL, Ineke (editor), *Minorities, Migrant and Crime: Diversity and Similarity Across Europe and the United States*, SAGE Publications, London, pp. 1-35.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, 2010a: “El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, año 17, nº 2, pp. 185-204.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, 2010b: “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXV, pp. 245-286.

- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, 2011: “Notas sobre el contenido del principio de la democracia”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, n° 1, pp. 9-36.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo, 2012: “Notas sobre los modelos para la extensión de la ciudadanía”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, año 19, n° 2, pp. 119-143.
- MARTINIC, Mateo, 1992: *Historia de la Región magallánica. Volumen I-II*, Punta Arenas: Ediciones de la Universidad de Magallanes.
- MARTINIC, Mateo, 2002: “La participación de capitales británicos en el desarrollo económico del Territorio de Magallanes (1880-1920)”, *Historia (Santiago)*, v. 35, pp. 299-321.
- MAURER, Hartmut, 2011: *Derecho Administrativo. Parte General*, Barcelona: Marcial Pons.
- MAYER, Robert, 2001: “Strategies of Justification in Authoritarian Ideology”, *Journal of Political Ideologies*, v. 6, n° 2, pp. 147-168.
- MAYORGA MC DONALD, Ramón, 2019: “Minorías, grupos desaventajados y justicia constitucional: el caso de los migrantes”, en CHARNEY, John (editor), *Derecho y Migración. Actas de las XLVII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 127-146.
- MAYORGA MC DONALD, Ramón, 2021a: “Control migratorio y derechos fundamentales en la Constitución chilena: algunas consideraciones para el proceso constituyente”, *Estudios Constitucionales*, vol. 19, n° 2, pp. 199-227.
- MAYORGA MC DONALD, Ramón, 2021b: “Control migratorio y salud pública: restricciones a la movilidad humana por razones médicas o sanitarias en tiempos del COVID-19”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXIV, n° 2, pp. 203-223.
- MENY, Ives y THOENIG, J. C., 1992: *Las políticas públicas*, Barcelona: Ariel.
- MEYERS, Eytan, 2004: “Theories of International Immigration Policy: A comparative analysis”, *International Migration Review*, vol. 34, n° 3, pp. 1245-1282.
- MILLER, David, 2005: “Immigration: The Case for Limits”, en COHEN, Andrew I, y WELLMAN, Christopher Heath (editores), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, Oxford: Blackwell, pp. 193-206.
- MILLER, David, 2007: *National Responsibility and Global Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- MILLER, David, 2010: “Why Immigration Controls are not Coercive: A Reply to Arash Abizadeh”, *Political Theory*, v. 38, N° 1, pp. 111-120.
- MILLER, David, 2016a: “Is There a Human Right to Immigrate?”, en FINE, Sarah y YPI, Lea (editoras), *Migration in Political Theory. The Ethics of Movement and Membership*, Oxford: Oxford University Press, pp. 11-31.
- MILLER, David, 2016b: *Strangers in Our Midst. The Political Philosophy of Immigration*, Cambridge: Harvard University Press.
- MINISTERIO DE SALUD (CHILE), 2018: “Informe Final Estudio Licitación Sistematización y Evaluación del Piloto Nacional de Salud de Inmigrantes”, en CABIESES, Báltica; ALARCÓN, Alex; ASTORGA, Sofía; BERNALES, Margarita y MARTÍNEZ, Félix (editores), *Interculturalidad*, Santiago, Organización Internacional para las Migraciones y Universidad del Desarrollo.

- MOELLENDORF, Darrel, 2002: *Cosmopolitan Justice*, Oxford: Westview Press.
- MOLINA CONZUE, Diego, 2021: “Régimen de sanciones administrativas y otros actos administrativos desfavorables en el derecho chileno: parte general”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXIV, n° 1, pp. 255-273.
- MOLINA GUAITA, Hernán, 2008: *Derecho Constitucional*, Santiago: Lexis Nexis.
- MONCAYO, María Isabel, 2011: *Migración y retorno en el Ecuador: entre el discurso político y la política de gobierno*. Tesis para obtener el título de Maestría en Relaciones Internacionales con mención en Negociación y Cooperación Internacional, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Disponible en: <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/3629/1/TFLACSO-2011MIM.pdf> [Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2018].
- MUÑOZ LEÓN, Fernando, 2013: “La Constitución de la desigualdad”, en MUÑOZ LEÓN, Fernando (editor), *Igualdad, inclusión y derecho*, Santiago: LOM, pp. 93-114.
- NAÏR, Sami y DE LUCAS, Javier, 1998: *Le Déplacement du monde. Migration et thématiques identitaires*, Paris: Kimé.
- NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING AND MEDICINE, 2016: *Immigration’s Long-Term Impacts on Overall Wages and Employment of Native-Born US Workers Very Small, Although Low-Skilled Workers May Be Affected, New Report Finds; Impacts on Economic Growth Positive, While Effects on Government Budgets Mixed*. Disponible en: <https://www.nationalacademies.org/news/2016/09/new-report-assesses-the-economic-and-fiscal-consequences-of-immigration> [Fecha de consulta: 08 de noviembre de 2021].
- NEOCLEOUS, Mark, 2016: “La lógica de la pacificación: guerra-policía-acumulación”, *Athenea Digital*, vol. 16, n° 1, pp. 9-22.
- NINO, Carlos Santiago, 1992: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2002: “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XIII, pp. 161-186.
- NOZICK, Robert, 1988: *Anarquía, Estado y utopía*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- NUÑO BALMACEDA, Paula, 2014: *De las expulsión de extranjeros. La expulsión de extranjeros ante el derecho internacional vigente*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- OBERMAN, Kieran, 2016: “Immigration as a human right”, en Fine, Sarah y Ypi, Lea (editoras), *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*, Oxford: Oxford University Press, pp. 32-56.
- OBREGON, Liliana, 2019: “Empire, Racial Capitalism and International Law: The Case of Manumitted Haiti and the Recognition Debt”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 31, n° 3, pp. 597-615.
- OBSERVATORIO JUDICIAL, 2018: La Corte, defensora del inmigrante: ¿Cómo aplica la Corte Suprema la legislación migratoria? Disponible en: <http://www.observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2018/01/Radar-N%C2%B02-La-Corte-defensora-del-inmigrante-1.pdf> [Fecha de consulta: 06 de diciembre de 2018].

ODA, Shigeru, 1973: “El individuo en el derecho internacional”, en SORENSEN, Max (editor), *Manual de derecho internacional público*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 451-505.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2006: *Expulsions of aliens in international human rights law*. Disponible en: <https://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/Discussion-paper-expulsions.pdf>. [Fecha de consulta: 31 de agosto de 2019].

OFICINA ESPECIALIZADA DE DERECHOS HUMANOS DE LA CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL, 2013: *Solicitud al pleno de la Corte Suprema por grave situación que afecta a los extranjeros en Chile*, en CENTRO DEMOCRACIA Y COMUNIDAD CIUDADANO GLOBAL, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OFICINA ESPECIALIZADA DE DERECHOS HUMANOS DE LA CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL, INSTITUTO CATÓLICO CHILENO DE MIGRACIÓN, LIBERTADES PÚBLICAS A.G., *Un Chile Abierto: Propuestas para una nueva ley de migración*.

OLEA RODRÍGUEZ, Helena María, 2015: “Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Eunomía*, n° 9, pp. 249-272.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES, 2019a: *Glosario de la OIM sobre Migración*, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, 2019b: *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020*, Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2021: *One is too many. The collection and análisis of data on occupational injuries in Qatar*, version digital disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/---ilo-qatar/documents/publication/wcms\\_828395.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/---ilo-qatar/documents/publication/wcms_828395.pdf) [Fecha de consulta: 22 de febrero de 2022].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2015: *Migration and health: key issues*. Versión digital disponible en: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/migration-and-health/migration-and-health-in-the-european-region/migration-and-health-key-issues#:~:text=The%20most%20frequent%20health%20problems,migrants%20frequently%20face%20specific%20challenges%2C> [Fecha de consulta: 31 de agosto de 2020].

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, 2015: “La *Kafala* de Derecho Islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 3, pp. 819-826.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, 2001: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, 1995: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.

PÉCOUD, Antoine y DE GUCHTENEIRE, Paul, 2011: “International migration, border controls and human rights: Assessing the relevance of a right to mobility”, *Journal of Borderlands Studies*, v. 21, n° 1, pp. 69-86.

PEÑA FREIRE, Antonio, 1997: *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid: Trotta.

PERALTA, Ramón, 2004: “Sobre la naturaleza del Estado constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n° 125, pp. 255-276.



- PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen, 2012: *Migraciones irregulares y Derecho Internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ SOLÁ, Nicolás, 2008: “La Directiva de Retorno y la Involución en la Europa de los Derechos”, *Revista de Estudios Jurídicos. Segunda Época*, nº 8, 13 páginas.
- PERROUCHOUD, Richard, 2012: “State sovereignty and freedom of movement”, en OPESKIN, Brian; PERROUCHOUD, Richard y REDPATH-CROSS, Jillyanne (editores), *Foundations of International Migration Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 123-151.
- PLATTS, Mark de Bretton, 2010: “¿Quiénes tienen derechos humanos?”, *Isonimia*, nº 33, pp. 125-145.
- PLAZA ARMIJO, Camilo, y MUÑOZ CORTÉS, Víctor, 2013: “La Ley de Residencia de 1918 y la persecución a los extranjeros subversivos”, *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 10, pp. 107-136.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 1990a: “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Pensamiento Constitucional*, nº 8, pp. 61-102.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 1990b: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2003: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (editor), *(Neo)constitucionalismos*, Madrid: Trotta, pp. 123-158.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2008: “Principia Iuris: Una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado constitucional”, en *Doxa*, núm. 31, pp. 325-354.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2013: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- PUFENDORF, Samuel, 1729: *Of the Law of Nature and Nations* (traducción al inglés de Basil Kennet), London: Walthoe, Wilkin, Bonwicke, Birt, Ward & Osborne.
- RATTANSI, Ali, 2021: *Racismo. Una breve introducción*. Madrid: Alianza.
- RAVENSTEIN, Ernst Georg, 1889: “The Laws of Migration”, *Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 52, nº 2, pp. 241-305.
- RAWLS, John, 1995: *Teoría de la justicia*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- RAWLS, John, 2001: *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge: Belknap Press.
- RAWLS, John, 2002: *The Law of Peoples*, Cambridge: Harvard University Press.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, 2019: “Garantías jurídicas frente al maltrato en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 18, pp. 50-67.
- RIVAS VICUÑA, Manuel, 1964: *Historia política y parlamentaria de Chile (Tomo II)*, Santiago: Ediciones de la Biblioteca Nacional.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, 2004: *El contrato social*, Madrid: Edaf.
- ROTH, André, 2006: *Políticas Públicas: Formulación, Implementación y Evaluación*, Bogotá, Aurora.
- RUHS, Martin, 2009: “Migrant Rights, Immigration Policy and Human Development”, en UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (editor), *Human Development Research Paper 2009/23*.

- RUIZ-TAGLE, Pablo, 2016: *Cinco repúblicas y una tradición: Constitucionalismo chileno comparado*, Santiago: LOM.
- RUMBAUT, R. G., 2016: *Zombie Ideas and Moral Panics: Framing Immigrants as Criminal and Cultural Threats*. Disponible en <https://www.russellsage.org/zombie-ideas-and-moral-panics-framing-immigrants-criminal-and-cultural-threats> [Fecha de consulta: 20 de junio de 2019].
- SALAZAR, Pedro, 2008: *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- SALGADO, Constanza, 2017: “Límites y restricciones a los derechos fundamentales”, en CONTRERAS, Pablo y Salgado, Constanza (editores), *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general*, Santiago: LOM.
- SALVIOLI, Fabián, 2020: *Introducción a los Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAMPER, Francisco, 2022: *Derecho Romano*, Santiago: Ediciones de la Universidad Católica de Chile.
- SARTORI, Giovanni, 2001: *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid: Taurus.
- SCHNAPPER, Dominique, 1992: *L'Europe des immigrés. Essai sur les politiques d'immigration*, París: F. Bourin.
- SCHWARZ, Tobías, 2012: “Políticas de inmigración en América Latina: el extranjero indeseable en las normas nacionales, de la Independencia hasta los años de 1930”, *Procesos*, n° 36, pp. 39-72.
- SEN, Amartya, 2000: *Desarrollo y Libertad*, Buenos Aires: Planeta.
- SEN, Amartya, 2009: *The Idea of Justice*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- SHACHAR, Ayelet, 2009: *The Birthright Lottery. Citizenship and Global Inequality*, Cambridge: Harvard University Press.
- SHAW, Malcolm N., 2017: *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SHELBY, Tommie, 2012: “Race”, en ESTLUND, David (editor), *The Oxford Handbook of Political Philosophy*, New York: Oxford University Press, pp. 336-353.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, 1997: *Tratado de Derecho Constitucional (Tomo IV)*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, 2008: *Tratado de Derecho Constitucional (Tomo XII)*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOLANES CORELLA, Ángeles, 1998: “Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: La interculturalidad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 123-136.
- SOLANES CORELLA, Ángeles, 2016a: “Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII, pp. 145-184.
- SOLANES CORELLA, Ángeles, 2016b: “Un análisis crítico de los Centros de Internamiento de Extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 19, pp. 37-56.

SOLANES CORELLA, Ángeles, 2017: “Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y devoluciones en caliente”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 36, pp. 196-255.

SOLANES CORELLA, Ángeles, 2019: “La discriminación racial o étnica: marco jurídico, formas y protección”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 17, pp. 35-67.

SOLANES CORELLA, Ángeles, 2020a: “Del Derecho penal al Derecho administrativo del enemigo: la legislación de extranjería en España como ejemplo”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director), *Estudios Jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 801-819.

SOLANES CORELLA, Ángeles, 2020b: “Protección y principio de *non-refoulement* en la Unión Europea”, *SCIO. Revista de Filosofía*, n° 19, pp. 27-62.

SOLANES CORELLA, Ángeles, 2022: “Movilidad humana, pandemia y crisis en Europa: Un análisis jurídico-político”, *TraHs Números Especiales*, n° 8, pp. 15-34.

SOMIN, Ilya, 2014: “Foot voting, Federalism, and Political Freedom”, en FLEMING, James E., y LEVY, Jacob T. (editores), *Federalism and Subsidiarity*, New York: New York University Press, pp. 332-362.

SOMIN, Ilya, 2020: *Free to Move. Foot Voting, Migration and Political Freedom*, New York City: Oxford University Press.

SONG, Sarah, 2016: “The Significance of Territorial Presence and the Rights of Immigrants”, en FINE, Sarah y YPI, Lea (editoras), *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*, Oxford: Oxford University Press, pp. 225-248.

SONG, Sarah, 2019: *Immigration and Democracy*, New York City: Oxford University Press.

SOTO KLOSS, Eduardo, 1988: “La autonomía de los cuerpos intermedios y su protección constitucional”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, v. LXXXV, pp. 53-64.

SOTO KLOSS, Eduardo, 2016: “La servicialidad del Estado. ¿Es una base de la institucionalidad utópica?”, en FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo (editor), *Principios, valores e instituciones*, Santiago: Ediciones Universidad Católica, pp. 67-76.

SOUTER, James, 2014: “Toward a Theory of Asylum as Reparation for Past Injustice”, *Political Studies*, n° 62, pp. 326-342.

SPYER DULCI, Tereza María y ALVARADO SADIVIA, Vania, 2021: “El *Estallido Social* en Chile: ¿rumbo a un Nuevo Constitucionalismo?”, *Katálisis*, v. 24, n° 1, pp. 43-52.

STANG ALVA, Fernanda; LARA EDWARDS, Antonia y ANDRADE MORENO, Marcos, 2020: “Retórica humanitaria y expulsabilidad: migrantes haitianos y gobernabilidad migratoria en Chile”, *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*, vol. 20, n° 1, pp. 176-201.

STEFONI, Carolina, 2011: “Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante”, en FELDMAN-BIANCO, Bela, RIVERA SÁNCHEZ, Liliana, STEFONI, Carolina y Villa Martínez, Marta Inés (compiladoras), *La construcción social del sujeto mirante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*, Quito: Ediciones FLACSO Ecuador – CLACSO - Universidad Alberto Hurtado, pp. 79-109.

STEFONI, Carolina, 2018: *Panorama de la migración internacional en América del Sur*, Santiago: Naciones Unidas.

STEFONI, Carolina y BRITO, Sebastián, 2019: “Chile: un destino más en el mapa migratorio intrarregional”, en ROJAS PEDEMONTTE, Nicolás y VICUÑA, José Tomás (editores), *Migración en Chile: Evidencia y mitos de una nueva realidad*, Santiago: LOM, pp. 23-47.

STUMPF, Juliet, 2006: “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power”, *American University Law Review*, vol. 56, nº 2, pp. 367-419.

SUBIRATS, Joan, y GOMÁ, Ricard, 1998: “Democratización, dimensiones del conflicto y políticas públicas en España”, en SUBIRATS, J., y GOMÁ, R. (editores), *Políticas públicas en España: contenidos, redes de actores y niveles de gobierno*, Barcelona: Ariel Ciencia Política, pp. 13-20.

SZNAJDER, Mario y RONIGER, Luis, 2013: *La política del destierro y el exilio en América Latina*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, 2005: *Código Civil 1855-2005: evolución y perspectivas*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

THAYER CORREA, Luis Eduardo, 2019: “La política migratoria en Chile en la disputa por los derechos humanos”, *Anales*, nº 16, pp. 17-26.

TIJOUX, María Emilia, 2018: “La potencia del racismo cotidiano: sufrir por el cuerpo”, en TAPIA LADINO, Marcela y LIBERONA CONCHA, Nanette (editoras), *El afán de cruzar las fronteras. Enfoques transdisciplinarios sobre migraciones y movilidad en Sudamérica y Chile*, Santiago: RIL Editores, pp. 47-60.

TORRES, Francisco, 2002: “La integración de los inmigrantes y algunos de los desafíos que nos plantea”, en DE LUCAS, Javier y TORRES, Francisco (editores), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid: Talasa, pp. 49-73.

TRUYOL y SERRA, Antonio, 1967: “Vitoria en la perspectiva de nuestro tiempo”, estudio introductorio a la obra de VITORIA, Francisco, *Relectio de Indis*, Madrid: CSIC.

TURÉGANO, Isabel, 2013: “Soberanía”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4, pp. 154-162.

TURÉGANO, Isabel, 2020: “Fronteras, movilidad y ciudadanía”, *Bajo Palabra. Revista de filosofía*, nº 23, pp. 131-162.

TURÉGANO, Isabel, 2022: “John Rawls y el problema de la desigualdad dentro y más allá de las fronteras”, *Estudios Públicos*, nº 165, pp. 139-149.

ULLOA, Víctor, 2003: *El movimiento sindical chileno: del siglo XX hasta nuestros días*, Santiago: Oficina Internacional del Trabajo.

ULLOA CUÉLLAR, Ana Lilia, 2019: “Sobre la fundamentación de los Derechos Humanos” en ULLOA CUÉLLAR, Ana Lilia y MALDONADO MÉNDEZ, Érika Verónica, *Nociones de Derechos Humanos*, México D.F.: Tirant lo Blanch, pp. 15-31.

UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, 2020: International Migrant Stock 2020, version digital disponible en: <https://www.un.org/development/desa/pd/content/international-migrant-stock> [Fecha de consulta: 23 de octubre de 2021].

- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, 2019: “Artículo 22. Derecho de circulación y residencia”, en STEINER, Christian y URIBE GRANADOS, G. Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- URRIA YÁÑEZ, Ignacio, 2020: *Impacto de la población migrante en el mercado laboral y arcas fiscales entre 2010 y 2019*, Santiago: Servicio Jesuita a Migrantes y Fundación Avina.
- VACAS FERNÁNDEZ, Félix, 2017: *El Derecho Migratorio Internacional y Europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALDIVIESO FERNÁNDEZ, Patricio, 1999: “Cuestión social y doctrina social de la iglesia en Chile (1880-1920): Ensayo histórico sobre el estado de la investigación”, *Historia*, v. 32, pp. 553-573.
- VALENZUELA CÁCERES, Marcelo, 2013: “La huelga grande del carbón en Lota, Coronel y Curanilahue de 1920”, *Historia Actual Online*, n° 32, pp. 73-89.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Martina, 2003: “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Actualidad Laboral*, n° 33, pp. 581-601.
- VASANTHAKUMAR, ASHWINI, 2018: “Privatizing Border Control”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 38, n° 3, pp. 411-429.
- VÁSQUEZ-DE KARTZOW, Rodrigo, 2009: “Impacto de las migraciones en Chile. Nuevos retos para el pediatra. ¿Estamos preparados?”, *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 80, n° 2, pp.161-167.
- VATTEL, Emer de, 2008: *The Law of Nations*, Carmel: Liberty Fund.
- VEGA MACÍAS, Daniel, 2022: “El andamiaje de la externalización de las políticas migratorias de Estados Unidos en México y Centroamérica”, *Acta Universitaria*, vol. 32, versión digital disponible en: <https://www.actauniversitaria.ugto.mx/index.php/acta/article/view/3320>
- VELASCO, Juan Carlos, 2016: *El azar de las fronteras: Políticas migratorias, ciudadanía y justicia*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- VELASCO, Juan Carlos, 2020: “Desnaturalizando la noción de frontera en el contexto migratorio”, *Bajo palabra. Revista de filosofía*, n° 23, pp. 23-47.
- VERDUGO, M., NOGUEIRA, H., y PFEFFER, 1994: *Derecho Constitucional (Tomo I)*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIERA, Christian, 2015: “Las Bases de la Institucionalidad del Estado”, en BASSA MERCADO, Jaime; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y VIERA ÁLVAREZ, Christian, *La Constitución chilena: una revisión crítica a su práctica política*, Santiago: LOM, pp. 35-55.
- VITALE, Ermanno, 2006: *Ius migrandi*, Santa Cruz de Tenerife: Melusina.
- VITORIA, Francisco, 1975: *Relecciones sobre los Indios y el Derecho de Guerra*, Madrid: Espasa-Calpe.
- VIVANCO, Ángela, 2006: *Curso de Derecho Constitucional. Tomo II: Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- WALZER, Michael, 2001: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

WELLMAN, Christopher Heath, 2008: "Immigration and Freedom of Association", *Ethics*, vol 119, n° 1, pp. 109-141.

WELLMAN, Christopher Heath, 2011: "Freedom of Association and the Right to Exclude", en WELLMAN, Christopher Heath y COLE, Phillip, *Debating The Ethics of Immigration*, New York: Oxford University Press, pp. 13-158.

WHELAN, Frederick, 1988: "Citizenship and Freedom of Movement: An Open Admission Policy?", en GIBNEY, M. (editor), *Open Borders? Closed Societies?*, Westport CT: Greenwood Press, pp. 3-39.

WILCOX, Shelley, 2014: "Do Duties to Outsiders Entail Open Borders?: A Reply to Wellman", *Philosophical Studies*, vol. 169, n° 1, pp. 123-132.

WITHOL DE WENDEN, Catherine, 2000: *¿Hay que abrir las fronteras?*, Barcelona: Bellaterra.

WITHOL DE WENDEN, Catherine, 2013: *El fenómeno migratorio en el siglo XXI: Migrantes, refugiados y relaciones internacionales*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

WOLFF, Christian, 1934: *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (traducción de J.H. Drake), Oxford: The Clarendon Press.

ZAGREBELSKY, Gustavo, 2016: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta.

ZÚÑIGA, Yanira y TURNER, Susan, 2013: "Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas", *Revista de Derecho (Coquimbo)*, año 20, n° 2, pp. 269-301.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, 1998: "El estatus constitucional de extranjeros", *Revista de Derecho (Concepción)*, v. LXVI, n° 203, pp. 301-330.

### **Normas jurídicas y otros instrumentos citados**

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, adoptada el 17 de septiembre de 1787.

Reglas Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros, adoptadas por el Instituto de Derecho Internacional el 9 de septiembre de 1892.

Ley N° 4.144 de Residencia (Argentina), publicada en el Boletín Nacional el 25 de noviembre de 1902.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917.

United States of America Immigration Act, aprobada el 5 de febrero de 1917.

Ley N° 48 de 1920 sobre inmigración y extranjería (Colombia), aprobada el 3 de noviembre de 1920.

Ley N° 4145/1920 sobre extranjeros peligrosos (Perú), aprobada el 21 de septiembre de 1920.

Decreto sobre la expulsión de extranjeros del Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, aprobado el 14 de marzo de 1921.

Decreto N° 4.247 que regula la entrada de extranjeros en el territorio nacional (Brasil), aprobado el 6 de enero de 1921.

Carta de Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, parte integrante de la Carta de Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948.

Convenio N° 97 de la Organización Internacional del Trabajo, para la Migración y el Empleo, aprobado el 01 de julio de 1949.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, publicada en el Boletín Oficial Federal el 23 de mayo de 1949.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado el 04 de noviembre de 1950.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado el 25 de marzo de 1957.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965.

Constitución de la República Oriental del Uruguay, publicada en el Diario Oficial el 02 de febrero de 1967.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, firmada el 23 de mayo de 1969.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada el 22 de noviembre de 1969.

Constitución Política de la República de Panamá, publicada en la Gaceta Oficial el 24 de octubre de 1972.

Constitución de Grecia, publicada en la Gaceta del Gobierno el 11 de junio de 1975.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, aprobado el 08 de junio de 1977.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado el 08 de junio de 1977.

Constitución Española, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre de 1978.

Constitución Política de la República de Chile, publicada en el Diario Oficial el 24 de octubre de 1980.

Constitución de la República Popular China, promulgada y vigente desde el 04 de diciembre de 1982.

Constitución Política de la República de Honduras, publicada en el Diario Oficial "La Gaceta" el 20 de enero de 1982.

Constitución de la República de El Salvador, publicada en el Diario Oficial el 16 de diciembre de 1983.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada el 10 de diciembre de 1984.

Decreto Supremo N° 597 que aprueba el Reglamento de Extranjería, publicado en el Diario Oficial el día 24 de noviembre de 1984.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada el 09 de diciembre de 1985.

Constitución de la República Federativa de Brasil, publicada en el Diario Oficial el 05 de octubre de 1988.

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

Convención sobre los Derechos de Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989.

Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, adoptada el 18 de diciembre de 1990.

Constitución de la República del Paraguay, sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992.

Tratado de la Unión Europea, firmado el 07 de febrero de 1992.

Constitución Política de la Federación de Rusia, publicada en la Gaceta de Rusia el 25 de diciembre de 1993.

Constitución de la Nación Argentina, publicada en el Boletín Oficial el 23 de agosto de 1994.

Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) y su Anexo sobre el Movimiento de Personas Físicas Proveedoras de Servicios (conocido también como “Modo 4”), en vigor desde el 01 de enero de 1995.

Código Procesal Penal (Chile), publicado en el Diario Oficial el 12 de octubre de 2000.

Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 12 de enero de 2000.

Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR, aprobado el 06 de diciembre de 2002.

Decisión 545 de la Comunidad Andina relativa al Instrumento Andino de Migración Laboral, aprobada el 25 de junio de 2003.

Ley N° 22.439 General de Migraciones y de Fomento a la Inmigración (Argentina), publicada en el Boletín Oficial el 21 de enero de 2004.

Directiva 2004/38/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 Estados miembros, aprobada el 29 de abril de 2004.

Reglamento Sanitario Internacional, adoptado el 23 de mayo de 2005.

Declaración de Granada sobre la Globalización, aprobada en el XXII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, reunido entre el 24 y 29 de mayo de 2005.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada el 20 de diciembre de 2006.

Reglamento (CE) 1987/2006 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), adoptado el 20 de diciembre de 2006.



Orden PRE/1282/2007 sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 11 de mayo de 2007.

Ley N° 18.250 de Migración de Uruguay, publicada en el Diario Oficial el 17 de enero de 2008.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Diario Oficial el 20 de octubre de 2008.

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, adoptada el 16 de diciembre de 2008.

Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las Personas Migrantes, adoptada el 19 de septiembre de 2008.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, publicada en la Gaceta Oficial el 07 de febrero de 2009.

Constitución de República Dominicana, publicada en la Gaceta Oficial el 26 de enero de 2010.

Declaración de Principios Migratorios y Lineamientos Generales de la Conferencia Sudamericana de Migraciones, acordada en Cochabamba el 25 y 26 de octubre de 2010.

Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 20 de abril de 2011.

Ley N° 1.465 por la cual se crea el Sistema Nacional de Migraciones y se expiden normas para la protección de los colombianos en el exterior (Colombia), publicada en el Diario Oficial el 29 de junio de 2011.

Ley N° 370 de Migración (Bolivia), promulgada el 08 de mayo de 2013.

Constitución de la República Árabe de Egipto, promulgada el 18 de enero de 2014.

Reglamento para el Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE), Real Decreto 162/2014, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 15 de marzo de 2014.

Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros de la Comisión de Derecho Internacional, documento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 06 de junio de 2014.

United Kingdom Immigration Rules, HC 395, publicadas el 25 de febrero de 2016.

Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, adoptado el 9 de marzo de 2016.

Ley Orgánica de Movilidad Humana (Ecuador), publicada en el Suplemento del Registro Oficial del 06 de febrero de 2017.

Ley de Migraciones del Perú (Decreto Legislativo N° 1350), publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 07 de enero de 2017.

Executive Order 13768, Enhancing Public Safety in the Interior of the United States, de 25 de enero de 2017.

Executive Order 13767, Border Security and Immigration Enforcement Improvements. de 25 de enero de 2017.

Executive Order 13780, Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States, de 27 de enero de 2017.

Ley N° 13.445 que establece la Ley de Migración (Brasil), publicada en el Diario Oficial el 25 de mayo de 2017.

Ley N° 21.070, que regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el Territorio Especial de Isla de Pascua, publicada en el Diario Oficial el día 23 de marzo de 2018.

Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, adoptado el 10 de diciembre de 2018.

Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería (Chile), publicada en el Diario Oficial el 20 de abril 2021.

Boletín 367-2. Iniciativa Convencional Constituyente que incorpora la regulación de la nacionalidad, ciudadanía y migración, de los convencionales constituyentes Castillo, Barceló, Chahín, Harboe, Squella, Botto, Fernández y Logan, presentada el 21 de enero de 2022.

Boletín 515-4. Iniciativa Convencional Constituyente sobre el derecho a migrar, de los convencionales constituyentes Grandón, Baranda, Meneses, Quinteros, Carrillo, Woldarsky, Laibe, Labraña y Fuchslocher, presentada el 27 de enero de 2022.

Boletín 612-4, Iniciativa Convencional Constituyente que es reconoce el derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República y el derecho a migrar, de los convencionales constituyentes Jofré, Vega, Celis, Cozzi, Tepper, Veloso, Monckeberg, Labra, Fontaine, Mayol, Ossandón, Hurtado, Mena, Toloza, Jürgensen y Rivera, presentada el 31 de enero de 2022.

Decreto Supremo N° 296 – Reglamento de la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería (Chile), publicado en el Diario Oficial el 12 de febrero de 2022.

Propuesta de Nueva Constitución Política de la República, presentada el 04 de julio de 2022.

### **Jurisprudencia, dictámenes y otros pronunciamientos citados**

Comisión Mixta de Reclamaciones entre Holanda y Venezuela, sentencia arbitral de 1 de junio de 1903, Caso Maal.

Comisión Mixta de Reclamaciones entre Italia y Venezuela, sentencia arbitral de 1 de junio de 1903, Caso Boffolo.

Suprema Corte de los Estados Unidos, sentencia de 17 de abril de 1905, Lochner v. Nueva York.

Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia de 15 de enero de 1958, BVerfGE 7 [Lüth].

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 21 de febrero de 1975, Golder v. Reino Unido.

Consejo de Estado de Francia, sentencia de 11 de julio de 1980, arrêt Ministre de l'Intérieur c/ Mme. Montcho.

Comité de Derechos Humanos, decisión de 23 de marzo de 1982, Sophie Vidal Martins v. Uruguay.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución de 30 de junio de 1983, N° 18/83, caso 2711.

Tribunal Constitucional de España, sentencia de 23 de noviembre de 1984, STC 107/1984.

Tribunal Constitucional de España, sentencia de 30 de septiembre de 1985, STC 99/1985.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido.

Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución de 13 de diciembre de 1985, 40/144.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia del 08 de septiembre de 1986, Rol N° 38.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 1986

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de octubre de 1987, Inze v. Austria.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 05 de abril de 1988, Rol N° 53.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18 sobre no discriminación, de 10 de noviembre de 1989.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 07 de julio de 1989, Soering v. Reino Unido.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de octubre de 1990, Darby v. Suecia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 04 de diciembre de 1991, Gangaram Panday v. Surinam.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 18 de febrero de 1991, Moustaquim c. Bélgica.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de febrero de 1992, Beldjoudi c. Francia.

Corte Suprema de Chile, sentencia del 07 de septiembre de 1993, en *Gaceta Jurídica* N° 159.

Tribunal Constitucional de España, sentencia de 22 de marzo de 1993, STC 94/1993.

Tribunal Constitucional de España, sentencia de 20 de julio de 1994, STC 242/1994.

Comité sobre la Eliminación de Todas Forma de Discriminación Racial sobre Refugiados y Desplazados, Observación General N° 22 de 1996.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 15 de noviembre de 1996, Chahal v. Reino Unido.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 02 de mayo de 1997, D. v. Reino Unido.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de enero de 1998, Blake v. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Villagrán Morales y otros v. Guatemala.

Comité de Derechos Humanos sobre la libertad de circulación, Observación General N° 27 de 02 de noviembre de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe de 13 de abril de 2000, Informe Anual de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Bámaca Velásquez con Guatemala.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe de 28 de febrero de 2000, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado.

Comisión Europea, Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2000) 757 final, de 22 de noviembre de 2000.

Tribunal Constitucional de España, sentencia de 10 de abril de 2000, STC 95/2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 02 de febrero de 2001 Baena Ricardo y otros v. Panamá.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Admisibilidad y Fondos de 04 de abril de 2001, Rafael Ferrer-Mazorra y otros v. Estados Unidos de América.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios, de 16 de abril de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de agosto de 2001, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 01 de septiembre de 2001 (excepciones preliminares) Benjamín y otros v. Trinidad y Tobago.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 05 de octubre de 2001, Maaouia v. Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 21 de diciembre de 2001, Sen v. Países Bajos.

Informe presentado por la Relatora Especial de Naciones Unidas para Derechos Humanos de los Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN. 4/2003/85, de 09 de agosto de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva de 17 de septiembre de 2003, OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 08 de julio de 2004, Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú.

Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial sobre Discriminación contra No Nacionales, Observación General N° 30 del 05 de octubre de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 11 de enero de 2005, Phull v. Francia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 08 de septiembre de 2005, Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 23 de febrero de 2005, Elías Gattass Sahih v. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Almonacid Arellano y otros v. Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Vargas Areco v. Paraguay.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 03 de julio de 2006, Rodríguez Da Silva y Hoogkamer v. Países Bajos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 1 de febrero de 2006, López Álvarez v. Honduras.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 06 de diciembre de 2007, Liu Liu v. Rusia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 31 de mayo de 2007, Makuc v. Eslovenia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 2007, Sultani v. Francia.

Tercer Informe sobre la Expulsión de Extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, de 19 de abril de 2007.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 31 de agosto de 2007, Rol N° 747-07.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 04 de marzo de 2008, El Morsli v. Francia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 06 de mayo de 2008, Salvador Chiriboga v. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 06 de mayo de 2008, Yvon Neptune v. Haití.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 31 de julio de 2008, Darren Omoregie y otros v. Noruega.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 30 de octubre de 2008, Bayarri v. Argentina.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe de 25 de julio de 2008, Andrea Mortlock v. Estados Unidos.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 31 de enero de 2008, Rol N° 811-2007.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 23 de diciembre de 2009, Rol N° 8228-2009.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 28 de mayo de 2009, Rol N° 1204-08-INA.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Vélez Loor v. Panamá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Cabrera García y Montiel Flores v. México.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe de 12 de julio de 2010, Wayne Smith, Hugo Armendariz, y otros v. Estados Unidos.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 21 de octubre de 2010, Rol N° 1518-09.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de mayo de 2011, Vera Vera y otra v. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de febrero de 2011, Juan Gelman v. Uruguay.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Informe del 78º periodo de sesiones, 14 de febrero al 11 de marzo de 2011.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 14 de abril de 2011, Rol N° 1557-09.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 14 de junio de 2011, Rol N° 1718-10.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de febrero de 2012, Hirsi Jamaa y otros v. Italia.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 05 de junio de 2012, Rol N° 2230-2012-CPR.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de octubre de 2012, Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Artavia Murillo y otros v. Costa Rica.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 09 de enero de 2013, Rol N° 66-2013.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 23 de enero de 2013, Rol N° 400-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), sentencia 09 de marzo de 2013, Rol N° 351-2013.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 04 de junio de 2013, Rol N° 3563-2013.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 04 de julio de 2013, Rol N° 2273-2012-INA.

Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Observación General N° 2 de 28 de agosto de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 25 de noviembre de 2013, Familia Pacheco Tineo v. Bolivia.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 12 de junio de 2014, Rol N° 11521-2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva de 19 de agosto de 2014, OC-21/14.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de agosto de 2014, Personas Haitianas y Dominicanas v. República Dominicana.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 35 sobre el Artículo 9 del PIDCYP (Libertad y seguridad personales), de 16 de diciembre de 2014.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 23 de marzo de 2015, Rol N° 3694-2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 30 de junio de 2015, Caso Wong Ho Wing v. Perú.

Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), sentencia de 04 de diciembre de 2015, Rol N° 2083-2015.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 17 de diciembre de 2015, Rol N° 36580-2015.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 31 de mayo de 2016, Rol N° 33257-2016.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 03 de agosto de 2016, Rol N° 19634-2016.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 21 de marzo de 2017, Rol N° 8397-2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de la Sección Tercera de 03 de octubre de 2017, N.D. y N.T. v. España.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 19 de julio de 2018, Rol N° 4757-18-CDS.

Corte Suprema de Chile, sentencia de 26 de noviembre de 2018, Rol N° 6109-2018.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 16 de abril de 2019, Lingurar c. Rumanía.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de la Gran Sala de 13 de febrero de 2020, N.D. y N.T. v. España.

Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 29 de enero de 2021, Rol N° 9930-2020.