

**Informe**

# ESTUDIO COMPARADO DE CONSTITUCIONES EN MATERIAS RELEVANTES PARA LA MIGRACIÓN

**TODXS  
PARTICIPAMOS**  
#TuVozCuenta



@SJMchile



# ÍNDICE

Resumen Ejecutivo .....	4
1. Introducción .....	6
2. Nacionalidad y Ciudadanía.....	8
2.1 Otorgamiento de nacionalidad y ciudadanía .....	9
3. Acceso a derechos para personas migrantes .....	13
3.1 Contextualización del problema .....	13
3.2 Derechos económicos, sociales y culturales.....	14
3.2.1 Derecho a la salud.....	14
3.2.2 Derecho a la educación .....	15
3.2.3 Derecho humano a la protección de la vida familiar .....	15
3.2.4 Derecho a la identidad cultural e integración de personas migrantes.....	16
3.3 Derechos políticos .....	17
3.3.1 Derecho a voto .....	17
4. Conclusión	
Mirando hacia la nueva Constitución.....	19
5. Bibliografía .....	21



# **INFORME**

**ESTUDIO COMPARADO  
DE CONSTITUCIONES  
EN MATERIAS RELEVANTES  
PARA LA MIGRACIÓN.**

# TODXS PARTICIPAMOS

## #TuVozCuenta

*Estudio comparado de Constituciones en materias relevantes para la migración<sup>1</sup>*

### RESUMEN EJECUTIVO

Este informe responde a la solicitud del Servicio Jesuita Migrantes de realizar un estudio constitucional comparado que permita identificar tendencias en materias relacionadas con migración y se enfoca en dos materias. Busca ser un insumo para quienes, a propósito de la redacción de la nueva Constitución chilena, se encuentran investigando las formas en que las Constituciones regulan materias relacionadas con la migración. El estudio considera el análisis de 26 Constituciones de diferentes continentes y literatura académica reciente. El análisis se desarrolló en dos ámbitos principales. Primero, se analizó el tratamiento constitucional de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, que

constituyen elementos frecuentes de comparación en derecho constitucional.<sup>2</sup> Resulta relevante este análisis porque los límites constitucionales que definen nacionalidad y ciudadanía son expresión de la soberanía de los Estados.<sup>3</sup> A su vez, estos límites configuran la “membresía política” de un Estado determinado,<sup>4</sup> y la exclusión o inclusión de personas migrantes en ella. Segundo, el estudio analiza la titularidad de derechos que distintas constituciones reconocen a las personas migrantes. Conocer qué tipo de derechos son otorgados o restringidos a las personas migrantes en comparación con los/as ciudadanos/as de un Estado, es también una manera de reconocer la exclusión o inclusión que implementan los Estados respecto de personas migrantes.

Del análisis anterior, surgieron algunas conclusiones que pueden ser consideradas para el proceso constitucional chileno:

1 Informe escrito por Valentina Rioseco Vallejos, Abogada. PhD Candidate in Law, University of Edinburgh, LLM Human Rights, University of Edinburgh y Especialización en DDHH, Migración y Refugio, Universidad Nacional de Lanús y, Pedro Cisterna Gaete, Abogado. PhD in Law Candidate, University of Edinburgh y LLM Global Environment and Climate Change Law, University of Edinburgh. Participó también en la investigación Nieves Alcaíno Cueto, Cientista Política Universidad Diego Portales.

2 Kim Rubenstein and Niam Lenagh-Maguire, 'Citizenship and the Boundaries of the Constitution', *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing Limited 2011) 143 <<http://ebookcentral.proquest.com/lib/ed/detail.action?docID=714157>>.

3 Ver, Ayelet Shachar, 'Citizenship' (The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 17 May 2012) <<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199578610.001.0001/oxfordhb-9780199578610-e-50>> Último acceso 20 de Agosto 2020.

4 Jo Shaw, *The People in Question: Citizens and Constitutions in Uncertain Times* (University Press 2020) 4

- 1.** Al momento de buscar ejemplos de regulaciones de nacionalidad y ciudadanía, no se deben asumir como obvios estos conceptos. Tal como se demostró en este informe, ellos son a veces tratados indistintamente y otras de forma diferenciada. En algunos casos la noción de ciudadanía involucra sólo la posibilidad de ejercer derechos políticos mientras que en otros se asimila al concepto de nacionalidad. La actual constitución chilena distingue entre nacionalidad y ciudadanía.
- 2.** Aún cuando los Estados están tendiendo a restringir el *ius solis*, se identificaron constituciones que lo mantienen en sentido amplio. Condicionar el *ius solis* sin normas claras, arriesga generar situaciones de apatridia y otras vulneraciones de derechos humanos. Si en la nueva constitución chilena se optara por mantener estas excepciones, ellas debieran estar claramente redactadas de manera que no dieran lugar a interpretaciones restrictivas futuras. Como fue indicado en este Informe, la segunda excepción contenida en el artículo 10 de la actual Constitución chilena ha permitido interpretaciones arbitrarias y ha generado problemas de apatridia. Para cumplir con los estándares de derechos humanos de personas migrantes a los que Chile se encuentra obligado, se hace necesario evitar este tipo de normas oscuras.
- 3.** Para promover su integración en el país y facilitar su “membresía” en él, es indispensable garantizar el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales de personas migrantes. Por ello, se hace necesario respetar la universalidad de estos derechos, es decir no excluir a las personas migrantes de su reconocimiento, garantía y protección. Las Constituciones analizadas tienden a esta universalidad.
- 4.** Para evitar caer en asimilación, es importante que se reconozcan derechos culturales, incluidos el derecho a la vida cultural y a la identidad cultural de personas migrantes. Es importante además la consagración de la protección de derechos de minorías, en los términos reconocidos en el artículo 27 del PIDCP, donde el ejemplo de Nueva Zelanda es interesante de observar.
- 5.** Diversas constituciones facilitan las condiciones para el reconocimiento de derechos políticos de las personas migrantes. El ejercicio de derechos políticos mejora la integración de las personas migrantes a las comunidades políticas de cada Estado. Lo anterior ayuda al goce y ejercicio del derecho a una identidad cultural y la participación en la vida cultural por parte de las minorías y/o comunidades de migrantes. Además, reconocer derechos políticos constituiría un importante aporte en la consagración de membresía política de personas migrantes en la sociedad de destino. Este resulta un elemento relevante a considerar teniendo en vista la redacción de la nueva Constitución de Chile.

*Lo anteriormente mencionado es un camino efectivo en la eliminación de elementos que clasifican a personas migrantes como aquellas de una categoría inferior. Al mismo tiempo, ellos cimentarían las bases para que las personas migrantes pudieran efectivamente a ser y sentirse miembros de la sociedad chilena.*



# INTRODUCCION

Este informe responde a la solicitud del Servicio Jesuita Migrantes de realizar un estudio constitucional comparado que permita identificar tendencias en materias relacionadas con migración y se enfoca en dos materias. En primer lugar, buscará responder cómo se regula la nacionalidad y ciudadanía en diferentes constituciones y, en segundo lugar, analizará cómo abordan las constituciones la titularidad de derechos de personas migrantes. Para responder esta pregunta, se observarán 26 Constituciones de diferentes Estados, junto con literatura académica relevante.

A través de sus Constituciones, los Estados definen quienes son sus ciudadano/as o nacionales a través de dos mecanismos típicos que son el *ius solis* y el *ius sanguinis*. Tomando la noción de ciudadanía como “membresía política” planteada por Jo Shaw,<sup>5</sup> este estudio analiza los conceptos de ciudadanía y nacionalidad como expresiones de los límites impuestos por los Estados para definir quién es parte de su comunidad política.

Estos límites son a su vez, expresión de la soberanía de los Estados.<sup>6</sup> En efecto, autores identifican a la ciudadanía como la categoría principal de membresía política de un Estado/nación, superando otras como la religión, los partidos políticos o la clase.<sup>7</sup>

De esta manera, la primera parte de este estudio intentará identificar quiénes son considerados por los Estados como miembros de su comunidad política. Así, se desarrollará un análisis comparado de los conceptos de ciudadanía y nacionalidad, reflejando que existen ordenamientos jurídicos que los distinguen otorgándoles efectos diferentes, mientras que otros sistemas legales los utilizan indistintamente. Posteriormente, se examinará la regulación y condiciones que diferentes Constituciones establecen para aplicar los mecanismos de *ius sanguinis* e *ius solis*.

<sup>5</sup> Jo Shaw, *The People in Question: Citizens and Constitutions in Uncertain Times*, 2020, 4.

<sup>6</sup> Ver, Ayelet Shachar, 'Citizenship' (The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 2012, 17.

<sup>7</sup> Ver, D. Gosewinkel, Citizenship as political membership: a fundamental strand of twentieth-and twenty-first- century European history, in J. Mackert and B. Turner (eds) *The transformation of citizenship. Volume 2: Boundaries of inclusion and exclusion*, 2017.

Luego, este informe estudiará el reconocimiento de derechos de las personas migrantes, vistas como aquellas que, al no ser nacionales o ciudadanas, tensionan el concepto de “membresía” de la comunidad política de un Estado. Todas las personas son titulares de todos los derechos humanos salvo excepciones muy concretas.<sup>8</sup> Sin embargo, los Estados aún utilizan la ciudadanía como motivo para excluir la titularidad de determinados derechos.<sup>9</sup> Así, el no ser ciudadana o nacional, es decir, ser migrante, ubica a la persona en una categoría distinta y muchas veces, inferior a la de los/as ciudadanos/as de un país. Se contextualizará el problema del reconocimiento de algunos derechos a personas migrantes y, luego, se realizará un análisis constitucional comparado del reconocimiento de derechos específicos a personas migrantes. Sin ser exhaustivo en su análisis, este informe se enfocará en el derecho a la salud, el derecho a la reunificación familiar, el derecho a la educación, el derecho a la identidad cultural y el derecho a voto.

Este informe busca ser un insumo para quienes, a propósito de la redacción de la nueva Constitución chilena, se encuentran investigando las formas en las Constituciones regulan materias relacionadas con la migración. Por esta razón, no está directamente enfocado en qué debe o no debe contener la nueva Constitución. Asimismo, se debe recordar que la migración es regulada en diversos tipos de normas. La nacionalidad o ciudadanía es usualmente delegada por las constituciones en leyes orgánicas con quórum más altos de reforma,<sup>10</sup> mientras que leyes de inferior jerarquía y reglamentos contienen la parte sustantiva del Derecho Migratorio de cada país. Este informe no se enfocará en este tipo de normas, sino más bien en identificar las tendencias constitucionales comparadas en las referidas materias relacionadas con la migración.

8 Human Rights Committee (UNHRC), General Comment 15, The position of aliens under the Covenant (Twenty-seventh session, 1986), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, (1994) U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 18. (Comentario General N° 15)

9 UNHRC, “Informe del Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, (25 April 2018) Un Doc A/HRC/38/52” para 7.

10 Shaw (n 2) 40.

## 2

# NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA.

El frecuente uso de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía en distintos textos constitucionales exige su clarificación. Esta sección presentará estos conceptos, algunas de sus nociones doctrinarias y su desarrollo en distintos ordenamientos jurídicos.

La Corte Internacional de Justicia definió nacionalidad como un “vínculo jurídico que tiene como base un hecho social de lazo, una genuina conexión de existencia, intereses y sentimientos, y la existencia de derechos y deberes recíprocos”.<sup>11</sup> La doctrina ha entendido nacionalidad como el vínculo entre un individuo y un Estado.<sup>12</sup>

La nacionalidad es un derecho humano del que todas las personas son titulares, y se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales.<sup>13</sup> Comprende el

derecho de cada persona a adquirir, cambiar o retener una nacionalidad. Al mismo tiempo, los Estados tienen derecho a decidir quiénes son sus nacionales, pero, tal como se ha dispuesto en diversos instrumentos internacionales, esta prerrogativa no puede ser ejercida arbitrariamente.<sup>14</sup> La máxima protección de la nacionalidad se expresa en la Convención de 1954 sobre el estatuto de los apátridas de la que Chile es parte.<sup>15</sup> En virtud de ella, los Estados se han comprometido a adoptar medidas positivas para prevenir la apatridia,<sup>16</sup> concediendo nacionalidad a personas que de otro modo serían apátridas. Además, se han comprometido a evitar la apatridia por pérdida o privación de la nacionalidad.

Por su parte, el concepto de ciudadanía ha sido definido de distintas maneras. Algunos ordenamientos lo han

11 Liechtenstein v Guatemala (Nottebohm) [1955] ICJ 1

12 Shaw (n 2) 40

13 Ver, ONU, Asamblea General, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de Diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor 16 de Diciembre de 1966) 999 UNTS 171 (PIDCP), Convención sobre los derechos del Niño, (adoptada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor 2 de septiembre de 1990) 1577 UNTS 3 (CRC); Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Adoptada el

18 de diciembre de 1990, entrada en vigor el 1 de julio de 2003) 2220 UNUSST 3 (ICRMW).

14 Ver, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 15; ONU, Asamblea General, Resolución 50/152, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (9 de febrero 1996) párrafo 16.

15 ONU, Asamblea General, Convención sobre el estatuto de los apátridas, 28 de septiembre de 1954 (entrada en vigor, 6 de junio de 1969) 360 UNTS 117.

16 Ver, Resolución 50/152, A/50/632 (n 11), párrafo 16.



asimilado a nacionalidad,<sup>17</sup> mientras que otros le dan una connotación distinta, asociándolo al ejercicio de derechos políticos dentro de un Estado.<sup>18</sup> El ejercicio de derechos políticos es también un derecho humano del que todas las personas son titulares, sin embargo, ciertos de estos derechos pueden ser restringidos sólo a los/las ciudadanos/as,<sup>19</sup> tal como se desarrollará más adelante.

La actual Constitución de Chile es un caso en el que se distingue entre nacionalidad y ciudadanía. Aquí, la categoría de ciudadano habilita el ejercicio de derechos políticos. Esta noción diferenciada entre nacionalidad y ciudadanía<sup>20</sup> tiene origen en el ordenamiento francés y los conceptos de *nationalité* y *citoyenneté*, regulados en el Código Civil y la Constitución, respectivamente. En el mismo sentido, la Constitución colombiana<sup>21</sup> en sus Título II y Título III, regula los conceptos de nacionalidad y ciudadanía separadamente. Otro ejemplo interesante es Canadá, quien al reconocer más de 600 nacionalidades (utilizan la expresión *first nations* para referirse a pueblos indígenas<sup>22</sup>) en su territorio, se le torna imprescindible distinguir entre nacionalidad y ciudadanía.<sup>23</sup>

Alternativamente, la Constitución española tiende a diluir la distinción entre los conceptos de nacionalidad y ciudadanía. En su artículo 13 se establece que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23”,<sup>24</sup> el que a su vez que se refiere a los derechos de participación política. A diferencia de la Constitución francesa o chilena, la Constitución española no califica a quienes ejercen derechos políticos como ciudadanos ni tampoco establece artículos especiales para adquirir dicha calificación, utilizando el término “españoles” indistintamente.

Otro interesante ejemplo de la distinción entre nacionalidad y ciudadanía es la Unión Europea. El artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, establece que “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La nacionalidad se

añade a la ciudadanía sin sustituirla”.<sup>25</sup> Así, la ciudadanía europea se define en base al carácter de ser nacional de un Estado Miembro.<sup>26</sup>

Desde otra perspectiva, la enmienda número 14 de la Constitución de Estados Unidos, no hace ninguna distinción entre nacionalidad y ciudadanía, estableciendo que “todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a la jurisdicción de los mismos, son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en el que residen.”<sup>27</sup> A diferencia de la legislación francesa o chilena, que exigen edades mínimas para ser ciudadano/a, la constitución estadounidense utiliza el término ciudadano sin distinción alguna.

Es importante considerar estos diferentes enfoques de nacionalidad y ciudadanía en un análisis comparado. Como se indicó, en algunos países los/las nacionales no necesariamente tienen calidad de ciudadanos/as, dado que deben cumplir con ciertos requisitos adicionales. Esta distinción deberá ser tenida en consideración por quien, a propósito de la redacción de la nueva Constitución chilena, busque ejemplos de regulaciones de nacionalidad y ciudadanía

## 2.1 OTORGAMIENTO DE NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

Aclarados los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, es posible conocer los modos por los que estas categorías se otorgan. Nacionalidad y ciudadanía actúan como factores excluyentes respecto de personas migrantes,<sup>28</sup> siendo entonces relevante el estudio de los mecanismos que distintas constituciones utilizan para obtener dichas categorías, que son *ius solis* e *ius sanguinis*.<sup>29</sup>

El *ius solis* se refiere al otorgamiento de nacionalidad o ciudadanía por el solo hecho de nacer en el territorio de un país determinado.<sup>30</sup> Algunos autores han identificado que la incondicionalidad para el otorgamiento de nacionalidad

17 Ver, enmienda número 14 de la Constitución de los Estados Unidos.

18 Ver, Constitución Política de la República de Chile (1980) art. 10 y art. 13.

19 Comentario general No. 15, (n 5).

20 Shaw (n 2) 21.

21 Constitución política de Colombia (1991), Título II y Título III.

22 Ver, <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/first-nations>.

23 Shaw (n 2) 21.

24 Constitución de España (1978), art. 13.

25 Tratado de la Unión Europea y Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, artículo 20.

26 Sobre los impactos de esta relación, ver, Helen Oosterom-Staples, ‘The Triangular Relationship Between Nationality, EU Citizenship and Migration in EU Law: A Tale of Competing Competences’ 65 Netherlands International Law Review, 2018, 431.

27 Constitución de los Estados Unidos de América, enmienda 14.

28 Ver, Naila Kabeer, ‘Citizenship, Affiliation and Exclusion: Perspectives from the South’, 2002, 33 IDS Bulletin 1.

29 De Groot, Gerard, Nationality Law in Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2012.

30 Shaw (n 2) 103.

o ciudadanía por *ius solis* ha ido desapareciendom,<sup>31</sup> sin embargo, históricamente, muchas naciones desarrollaron perspectivas incondicionales de *ius solis* para reforzar sus procesos emancipadores.<sup>32</sup> Así, aún es posible encontrar constituciones que otorgan nacionalidad y/o ciudadanía incondicionalmente. Ejemplo interesante en esta línea, es la Constitución de Mozambique de 1990, que en su artículo 12 define como mozambiqueños a quienes hayan nacido en Mozambique luego de la proclamación de la independencia.<sup>33</sup> Dicha disposición se mantuvo en la posterior Constitución dictada por el mismo país en el año 2004,<sup>34</sup> evidenciando un reconocimiento relevante del *ius solis* como mecanismo para otorgar nacionalidad. Otro ejemplo importante sobre reconocimiento del *ius solis* lo entrega la Constitución de Uruguay en su artículo 74.<sup>35</sup> Esta disposición señala que son ciudadanos naturales “todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República”, sin establecer condición adicional alguna. En el mismo sentido, la Constitución Brasileña en su artículo 12 dispone que son brasileños por nacimiento “aquellos nacidos en la República Federal de Brazil, aunque sean de padres extranjeros”.<sup>36</sup>

Otro interesante mecanismo de adquisición de nacionalidad o ciudadanía vía *ius solis* la presenta el caso de Estados que la reconocen en hijos de ciudadanos apátridas, como es el caso de Mozambique<sup>37</sup> o Angola.<sup>38</sup> Esta práctica es coherente con el derecho de toda persona a tener una nacionalidad, ya reconocido en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>39</sup> y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.<sup>40</sup> Finalmente, el más claro ejemplo de *ius solis* a nivel comparado se encuentra en la enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos. Esta disposición reconoce que “todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a la jurisdicción de éstos, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en el cual

residan”.<sup>41</sup> Aún con lo amplia que parece esta disposición, ella ha sido objeto de interpretaciones restringidas. Por ejemplo, la frase “sujetas a la jurisdicción”,<sup>42</sup> se interpretó en el sentido de excluir de la concesión de ciudadanía a las comunidades indígenas de los Estados Unidos hasta 1924. Posteriormente, la discusión sobre la interpretación de esta enmienda se retomó con motivo de la intención de Donald Trump de excluir a hijos de inmigrantes irregulares del derecho a la ciudadanía por nacimiento.<sup>43</sup> Esta iniciativa no se concretó, pero demuestra el carácter excluyente que las disposiciones sobre nacionalidad y ciudadanía pueden tener bajo gobiernos populistas.<sup>44</sup>

Castles and Davidson afirman que el *ius solis* es particularmente útil para la integración de personas migrantes de orígenes nacionales diversos dentro de una determinada nación.<sup>45</sup> Sin embargo, al mismo tiempo, el hecho de nacer en uno u otro país puede privilegiar o perjudicar las oportunidades de vida de una persona, convirtiéndose, como señala Baubock, en un “estatus feudal” moderno.<sup>46</sup> Con todo, la tendencia creciente es reconocer el *ius solis* como mecanismo de otorgamiento de nacionalidad bajo ciertas condiciones.<sup>47</sup> Así, la Constitución colombiana reconoce la ciudadanía por nacimiento pero impone dos condiciones no copulativas. O bien, “que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos”<sup>48</sup> o, que los hijos de padre o madre colombianos “hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren” en Colombia.<sup>49</sup> Desde la revolución francesa, Francia no exigió condición alguna para adquirir la nacionalidad por *ius solis*, no obstante, en 1993 se restringió dicha concesión.<sup>50</sup>

31 Ibid.

32 De Groot, (n 26) p. 484.

33 Constitución de Mozambique (1990), art. 12.

34 Constitución de Mozambique (2004), art. 24.

35 Constitución de la República Oriental del Uruguay (1997), art. 74.

36 Constitución de la República Federativa de Brasil (1988), art. 12.

37 Constitución de Mozambique, art. 24.

38 Constitución de Angola, art. 9.

39 Convención sobre los derechos del niño (n 10).

40 Convención sobre el estatuto de los apátridas (n 12).

41 Constitución de los Estados Unidos de América, enmienda 14.

42 Ibid.

43 Ver, Julie Hirschfeld Davis, ‘President Wants to Use Executive Order to End Birthright Citizenship’ The New York Times (30 October 2018) <<https://www.nytimes.com/2018/10/30/us/politics/trump-birthright-citizenship.html>> Último acceso 21 de Septiembre de 2020.

44 Ver, George T III Conway and Neal Katyal, ‘Trump’s Proposal to End Birthright Citizenship Is Unconstitutional’, 2018, <[http://link.gale.com/apps/doc/A560531645/STND?u=ed\\_itw&sid=zotero&xid=fdb9cc05](http://link.gale.com/apps/doc/A560531645/STND?u=ed_itw&sid=zotero&xid=fdb9cc05)> Último acceso 21 de Septiembre de 2020.

45 Stephen Castles, Citizenship and Migration: Globalization and the Politics of Belonging, 2000, 85.

46 Ver, Baubock, Rainer, Citizenship and migration- concepts and controversies, en Rainer Bauböck and Rainer Baubock, Migration and Citizenship: Legal Status, Rights and Political Participation, 2006.

47 Shaw (n 2) 103.

48 Constitución de la República de Colombia (1991), art. 96.

49 Ibid.

50 Shaw (n 2) 103.

Otro ejemplo es República Dominicana, país que estableció exclusiones de *ius solis* para hijos nacidos de padres en situación de tránsito dentro del territorio dominicano. Este fue el primer paso de un proceso de negación de la nacionalidad por *ius solis* a hijos de padres haitianos. La difícil relación con Haití y la inestable situación política y económica de este último, fundan esta reforma constitucional que se enfocaría tácitamente en excluir de la nacionalidad por nacimiento a los hijos de padres haitianos en tránsito, extendiéndose luego a todos los hijos de migrantes irregulares.<sup>51</sup> Así, la excepción de nacionalidad por *ius solis* sobre hijos/as de extranjeros/as en tránsito establecida por la Constitución de la República Dominicana,<sup>52</sup> abrió una puerta de graves vulneraciones al derecho humano a adquirir una nacionalidad.

La actual Constitución de Chile, tiene una disposición similar respecto a hijos/as de extranjeros transeúntes. La nacionalidad está consagrada en el artículo 10 de la Constitución, que en su inciso primero dispone: “Son chilenos los nacidos en el territorio de Chile”. Esta disposición también identifica dos excepciones, en virtud de las cuales, a pesar de haber nacido en Chile no se obtiene nacionalidad chilena. La primera excepción es aplicada a “los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicios de su gobierno” y la segunda se aplica a “los hijos de extranjeros transeúntes”. Esta segunda excepción ha generado en la práctica la existencia de un importante número de niños y niñas apátridas, nacidos de personas migrantes que, teniendo ánimo de residir en Chile, no han podido regularizar su situación migratoria. El Registro Civil ha interpretado que las personas con un estatus migratorio irregular son extranjeros/as transeúntes y, por lo tanto, han inscrito a los y las hijos/as de estas personas como apátridas. Existe una importante jurisprudencia declarando la ilegalidad de esta decisión, además de estudios prácticos relacionados con este asunto.<sup>53</sup> La nueva Constitución chilena debiera eliminar esta excepción y si se estimara apropiado mantenerla para hijos/as de turistas, la excepción debiera estar claramente redactada, de manera que no diera lugar a la

necesidad de interpretaciones futuras.

El segundo mecanismo a través del cual se otorga nacionalidad es *ius sanguinis*, que está basado en descender de una persona que tenga una nacionalidad determinada. Originalmente, la adquisición de nacionalidad por *ius sanguinis* se confería sólo por el vínculo sanguíneo del padre, autorizándose bajo circunstancias excepcionales el *ius sanguinis* por vínculo materno.<sup>54</sup> Sin embargo, esto fue reemplazado por un sistema dualista donde padre y madre pueden conferir la nacionalidad derivada del *ius sanguinis*.<sup>55</sup> Un ejemplo indirecto de *ius sanguinis* lo presenta la legislación española. La Constitución de España en su artículo 11 encarga a la ley determinar como “se adquiere, se conserva y se pierde” la nacionalidad española. Por su parte, la legislación establece que son “españoles de origen”<sup>56</sup> todos aquellos “nacidos de padre o madre española”,<sup>57</sup> reconociendo el *ius sanguinis* como mecanismo para adquirir nacionalidad.

Existen también textos constitucionales que, sin delegar a la ley su regulación, reconocen el *ius sanguinis* como mecanismo para adquirir la nacionalidad y/o ciudadanía. La Constitución de Togo, en su artículo 32 establece que dicha nacionalidad se adquiere por haber nacido de “padre o madre” togolés/a.<sup>58</sup> Asimismo, la Constitución de Bolivia<sup>59</sup> en su artículo 141, establece que las personas nacidas en el extranjero “de madre o padre boliviano” tienen nacionalidad boliviana. Según Caggiano, el método de *ius sanguinis* reconocido por la Constitución boliviana, tendría por objeto el aumento de la población y constituye un cambio sustantivo en un país de marcada tradición *ius solis*.<sup>60</sup>

Actualmente, ambos sistemas se han ido mezclando en casi todas las legislaciones y constituciones, incorporándose elementos de *ius solis* e *ius sanguinis*, predominando a veces uno de los dos.<sup>61</sup> Luego, el carácter excluyente o inclusivo de la nacionalidad y ciudadanía,

51 Ver, Shaw (n 2) 107-108

52 Constitución de la República Dominicana (2010), art. 18.

53 Ver, Claudio Fuentes, Victor Hugo Lagos, Delfina Lawson y Macarena Rodríguez, 3000 niños esperando su nacionalidad. La necesidad de contar con remedios colectivos para resolver vulneraciones individuales de derechos, en Anuario de Derecho Público 2016, Universidad Diego Portales, p.549; Ver, Dirección de estudios de la Corte Suprema, Revista de colecciones jurídicas: Migrantes, 2019; Delfina Lawson y Macarena Rodríguez, ‘Addressing the risk of statelessness in Chile: from strategic litigation to #Chilereconoce’ en Statelessness working paper series, Institute of statelessness and inclusión, 2017, disponible en: [https://files.institutetsi.org/WP2017\\_03.pdf](https://files.institutetsi.org/WP2017_03.pdf)

54 Gonset, Yves, La nationalité de l'enfant naturel en droit compare, 1977

55 De Groot, (n 26) p. 484

56 Ley de 15 de Julio de 1954 por la que se reforma el titulo primero del libro primero del Código Civil, denominado “De los españoles y extranjeros”, art. Primero; Código Civil de España, art. 17.

57 Ibid.

58 Constitución de Togo, art. 32.

59 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 141.

60 Ver, Caggiano, S, Blood ties: Migrations, state transnationalism and automatic nationality, Ethnic and Racial Studies, 41 (2), 2018, 267-84.

61 Castles (n 42) 85; Ver también, Bauböck and Bauböck (n 43) 44.

puede verse afectado por las condiciones que imponga cada Estado en leyes de inferior jerarquía o en decisiones administrativas para reconocer el *ius solis* e *ius sanguinis*. Se hace necesario entonces, disminuir las condiciones y, cuando hubieren, establecerlas con la mayor claridad posible.

Existe un tercer mecanismo para obtener nacionalidad o ciudadanía, que es el de naturalización. Aún cuando este mecanismo no será tratado en profundidad en este informe, se hace relevante considerarlo como objeto de los futuros estudios relacionados con la nueva Constitución. Ello porque, en primer lugar es un elemento especialmente relevante para la realidad latinoamericana, en segundo lugar, porque la naturalización puede transformarse en una vía efectiva para ser miembro de la comunidad política de la sociedad chilena.<sup>62</sup>

---

62 Al respecto ver, D. Acosta, 'Regional Report on citizenship: The South American and Mexican Cases', 2016.

## 3

# ACCESO A DERECHOS PARA PERSONAS MIGRANTES

Examinados los conceptos de nacionalidad y ciudadanía y los distintos requisitos que diferentes textos constitucionales imponen para su otorgamiento, el siguiente paso de este estudio es analizar el reconocimiento de derecho a personas migrantes. Este análisis pondrá especial atención en los efectos excluyentes que el otorgamiento de nacionalidad o ciudadanía puede tener sobre las personas migrantes en los países de destino.

Primero se contextualizará qué implica el acceso a derechos y se presentarán algunas dificultades identificadas en el reconocimiento de derechos para personas migrantes. Luego se hará en el análisis comparado del tópico.

## 3.1 CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA

Como se ha indicado, la nacionalidad o ciudadanía puede entenderse como la vía para ser miembro de un determinado país. Usualmente, esta membresía incluye una serie de facultades o beneficios asociados a ella.

Como vimos en la sección anterior, no es fácil para las personas migrantes el acceder a estas “membresías”, e incluso accediendo a ellas, a veces se mantienen ciertas restricciones a la titularidad y ejercicio de derechos. Los Estados han utilizado estas membresías -nacionalidad y ciudadanía- para definir el universo de personas a las que deben reconocer derechos y garantías sociales,<sup>63</sup> reforzando la tensión de inclusión/exclusión.

La noción excluyente de los derechos reconocidos para nacionales o ciudadanos/as choca con la vocación de universalidad inherente al sistema internacional de derechos humanos. Los Estados no solo deben reconocer que “todas las personas son titulares de derechos humanos en razón a su dignidad inherente”,<sup>64</sup> sino que también deben garantizar que todas las personas disfruten de dichos derechos, sin discriminación alguna

63 D. Gosewinkel, (n 4), 15–34.

64 UNHRC “Informe de la relatora especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia” (25 de abril 2018) Un Doc A/HRC/38/52 para 7.

entre ciudadanos y extranjeros,<sup>65</sup> aun cuando la situación de estos últimos sea irregular.<sup>66</sup> Sólo pueden existir restricciones específicas.<sup>67</sup> En la Declaración de Nueva York sobre refugiados y Migrantes del 2016<sup>68</sup> y en el Pacto Global para una Migración Ordenada, Segura y Regular, los Estados parte se comprometieron a proteger los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas en tránsito y luego de su llegada.<sup>69</sup> Sin embargo, el cumplimiento de dicho compromiso está lejos de la realidad. El Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia ha indicado que “ciudadanía, nacionalidad y estatus migratorio continúan siendo condiciones preliminares para el disfrute total de los derechos humanos en todas partes”.<sup>70</sup>

La realidad indicada anteriormente se refleja en una tendencia de algunos Estados a restringir el reconocimiento de derechos. El auge del populismo nacionalista ha reforzado la noción excluyente de nacionalidad y ciudadanía, debilitando el universalismo de los derechos. Así, gobiernos de tendencia nacionalista realzan la soberanía de los Estados en el reforzamiento de sus fronteras y el control migratorio, así como en el restringido reconocimiento de derechos sociales y políticos a personas migrantes. El populismo político antimigrantes, ha perjudicado a las personas migrantes poniéndolas en un grado mayor de vulnerabilidad y discriminación.<sup>71</sup>

Esta sección presentará un análisis comparado del reconocimiento y acceso de derechos específicos para personas migrantes. Para realizarlo se distinguirá entre derechos económicos, sociales y culturales y derechos políticos. El reconocimiento constitucional

de estos derechos para personas migrantes constituye otra expresión de la exclusión o inclusión que los Estados pueden establecer en el trato e integración de personas migrantes. Es importante considerar que un mayor reconocimiento de derechos puede implicar más inclusión y, en consecuencia, un mejoramiento de la integración de las personas migrantes en los países de destino.

## 3.2 DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

La amplitud o restricción en el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales determina los niveles de integración que los países de destino están dispuestos a entregar y contribuye a que las personas migrantes, se sientan miembros del país de destino. Los populismos nacionalistas han significado un auge de posturas que restringen el reconocimiento de derechos de personas migrantes para desalentar su llegada. Políticas como el “ambiente hostil” (en inglés, “hostile environment”) en el Reino Unido,<sup>72</sup> constituyen un ejemplo de la restricción de los procesos de integración y reconocimiento de los derechos de las personas migrantes.

En los procesos de integración de personas migrantes, son diversos los derechos que adquieren importancia, entre ellos, derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la vida familiar, a la identidad cultural y derechos políticos. Este informe analizará el panorama constitucional de cuatro de ellos que son: derecho a la salud, derecho a la reunificación familiar, derecho a la educación, y derecho a la identidad cultural.

### 3.2.1 Derecho a la salud

El derecho a la salud considera el acceso oportuno, aceptable y asequible a servicios de atención de salud en calidad suficiente.<sup>73</sup> La Constitución de Perú en su artículo 7 reconoce ampliamente el derecho a la salud, no haciendo distinción alguna entre migrantes y nacionales, estableciendo que “todos tienen derecho a la protección

65 Comentario General número 15 (n 5) para. 2.

66 UNCESCR “Los deberes de los Estados con los refugiados y migrantes bajo el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Versión avanzada”. (24 February 2017) UN Doc E/C.12/2017/1 para 3.

67 ICCPR (n 10), Artículo 25; Comentario General Número 15 (n 5) para 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor 3 de enero de 1976) 993 UNTS 3 (PIDESC) Artículo 2 para 3.

68 Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes (Adoptada el 19 de septiembre 2016) ONU AG Res A/RES/71/1 (Declaración de Nueva York); ONU, Asamblea General, Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular, (2019) A/RES/73/195

69 *ibid* paragraph 26.

70 UNHRC ‘Informe del Relator Especial ... (n 61), para 7.

71 OIM, ‘Why Does Discrimination against Migrants Increase during a Crisis and How Can Its Impact Be Reduced?’, Regional Office for Central America, North America and the Caribbean, 7 October 2019, <<https://rosanjose.iom.int/site/en/blog/why-does-discrimination-against-migrants-increase-during-crisis-and-how-can-its-impact-be>> Último acceso 28 de Septiembre de 2020.

72 Jamie Grierson Home affairs correspondent, ‘Hostile Environment: Anatomy of a Policy Disaster’ The Guardian, 27 August 2018, <<https://www.theguardian.com/uk-news/2018/aug/27/hostile-environment-anatomy-of-a-policy-disaster>> Último acceso 29 de Octubre de 2020.

73 Ver, “Salud y derechos humanos” <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>> Último acceso 29 de octubre de 2020.



de su salud”.<sup>74</sup> Asimismo, la Constitución española en su artículo 43 establece, sin restricciones el derecho a la “protección de la salud”, encargándole a los poderes públicos la satisfacción de dicho derecho. Otro ejemplo de garantía amplia del derecho a la salud es el artículo 32 de la Constitución italiana, que asegura que la “salud es un derecho fundamental de las personas”.

Una excepción al reconocimiento sin distinciones del derecho a la salud es la Constitución de Vietnam. En su artículo 38 establece que “el ciudadano tiene derecho a la atención y la protección de la salud”<sup>75</sup>. Luego, el artículo 17 del mismo texto constitucional establece que son ciudadanos las personas “con nacionalidad vietnamita”, generando una restricción en el ejercicio y protección del derecho a la salud a todos aquellos que no sean nacionales.

En general, el derecho a la salud es reconocido universalmente, no estableciéndose distinciones de naturaleza constitucional para su goce. Sin embargo, esto no implica que algunos Estados impongan restricciones al ejercicio del derecho a la salud prescritas en otros instrumentos legales como directivas, leyes o reglamentos.

### 3.2.2 Derecho a la educación

En general, la educación es un derecho reconocido universalmente y del que son titulares todas las personas. Además, en diferentes textos constitucionales, la educación básica se establece como obligatoria. La educación es un elemento fundamental en los procesos de integración migratoria, principalmente en el caso de los niños, niñas y adolescentes.<sup>76</sup> Decisiones políticas que restringen el derecho a la educación para la población migrante, incrementan las barreras de exclusión.

Los Estados no siempre cumplen con las obligaciones emanadas de la garantía constitucional de acceso a la educación. Una ilustración de ello es la situación que han vivido estudiantes de Zimbabue en establecimientos educacionales sudafricanos. La constitución de Sudáfrica reconoce en la sección 29 el derecho a la educación básica para todos los niños “como un derecho inmediato

y no sujeto a ninguna limitación relativa a su realización progresiva”.<sup>77</sup> Sin embargo, este reconocimiento fue mermado por las prácticas del “Ministerio del Interior (en adelante, el Departamento) sudafricano al aplicar la ley de inmigración del año 2002.”<sup>78</sup> Esta legislación, en su sección 2 (b) establece como una de las facultades del Departamento “inspeccionar instituciones educacionales para asegurar que extranjeros ilegales no se encuentren inscritos en ellos”.<sup>79</sup> Luego, en caso de encontrarse un migrante en situación irregular estudiando en un establecimiento educacional, será la institución educativa la exclusiva responsable de esta falta. Esta inaplicación de las garantías constitucionales y, al mismo tiempo, implementación de políticas migratorias excluyentes del gobierno sudafricano, provocaron que al año 2007, según una encuesta de la ONG “South African Community”, 6438 niños de entre 7 y 15 años no cursaran educación básica.

El ejemplo anterior demuestra que el reconocimiento universal de derechos sociales en textos constitucionales debe ir acompañado por políticas migratorias coherentes con dicha universalidad. La implementación legislativa y reglamentaria de garantías constitucionales inclusivas en materia migratoria, es un paso esencial para la efectividad de la protección y promoción de los derechos de las personas migrantes.

### 3.2.3 Derecho humano a la protección de la vida familiar

Este derecho se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ICRMW). Se ha definido como “los esfuerzos de miembros de la familia ya separados por migración forzada o voluntaria para reagruparse en un país diferente al de su origen, implicando la discreción del Estado sobre la admisión”.<sup>80</sup> La reunificación familiar es particularmente importante en el caso de los niños,<sup>81</sup> debido a que exige a los Estados permitir a las personas migrantes entrar y permanecer en

74 Constitución Política del Perú (1993) art. 7.

75 Constitución de España, art. 43.

76 Ver, OECD, The road to integration. Education and Migration, 2019, disponible: <http://www.oecd.org/education/the-road-to-integration-d8ceec5d-en.htm>

77 Constitución de Sudáfrica (1996), sección 29.

78 Parlamento de Sudáfrica, Ley de Inmigración (2002).

79 Ibid, sección 2 b).

80 Kate Jastram, ‘Family Unity’ in Chetail Vincent and T Alexander Alienkoff (eds), Migration and International Legal Norms, 2003, 197.

81 UNICEF, ‘Refugee and Migrant Crisis in Europe’ (May 2016); CRC (n 10), art. 9 and 10; OHCHR, ‘Separating Children from Undocumented Migrant Parents is Shocking, Inhumane and Has Dire Effects on the Children’ (19 de Octubre de 2018).

su territorio, concretando la reunión de la familia.<sup>82</sup> Por ende, la reunificación familiar es un concepto que entra en conflicto con el derecho de los Estados de controlar sus fronteras,<sup>83</sup> los que no siempre seden. Por ejemplo, las presiones de sectores nacionalistas sobre cierre de fronteras en plena “crisis migratoria europea” en 2015, empujaron a que el gobierno danés introdujera mayores restricciones a la reunificación de familias migrantes.<sup>84</sup>

Varias constituciones contemplan disposiciones de protección de la vida familiar o bien el principio del interés superior del niño que podrían permitir la aplicación de la reunificación familiar de personas migrantes. Por ejemplo, el artículo 49 de la Constitución de la República de Paraguay regula especialmente la protección de la familia estableciendo que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral”.<sup>85</sup> Asimismo, Paraguay ha firmado y ratificado la ICRMW y la CRC. La ICRMW, en su artículo 44 establece que los “estados parte, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio”.<sup>86</sup> En el mismo sentido, la CRC en su artículo 9 instituye que los “estados parte deben asegurar que el niño no será separado de sus padres en contra de su voluntad”.<sup>87</sup> Estas disposiciones reconocen el mantenimiento de la unidad familiar y la prevención de la separación, tal y como lo ha expresado el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.<sup>88</sup> Finalmente, en el caso paraguayo, estas disposiciones estarían incorporadas a la legislación paraguaya a través del artículo 137 del mismo texto constitucional que prescribe que “los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados (...) integran el derecho positivo nacional”.<sup>89</sup>

### 3.2.4 Derecho a la identidad cultural e integración de personas migrantes

La protección de la identidad cultural es especialmente importante tratándose de la integración de personas migrantes. Ello, debido a que a través de su garantía los Estados logran evitar la asimilación, concepto opuesto a una integración acertada. La OIM define integración como un “proceso de doble vía, que implica la adaptación mutua de los migrantes y de la sociedad receptora, así como una igualdad de derechos y obligaciones. Es decir, la aceptación, por parte de la sociedad de acogida, y la adaptación por parte del migrante”.<sup>90</sup> Así, el reconocimiento de derechos económicos sociales y culturales en países de destino es un factor esencial en procesos de integración. Ella sólo será exitosa cuando evite la asimilación, entendida como aquella en virtud de la cual “las personas migrantes solo se pueden integrar a la sociedad de destino y convertir en miembros de ella cuando dejan atrás su identidad etno-cultural y se identifican como nacionales del país de destino.”<sup>91</sup> Es por esta razón que la asimilación se encuentra prohibida en el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>92</sup>

Para lograr proteger el derecho a la identidad cultural, se hace necesario que los Estados sobrepasen la dimensión funcional de los procesos integración.<sup>93</sup> Esta fase se sustenta en la garantía de derechos básicos principalmente enfocados en inclusión social y económica de las personas migrantes, que incluyen el derecho a la educación, salud, vivienda y derechos laborales.<sup>94</sup> Sólo así se efectivamente desarrollar un sentido de pertenencia en la comunidad de destino.<sup>95</sup>

El derecho a la identidad cultural es un concepto que diversas constituciones han desarrollado para forjar la integración y el respeto de pueblos originarios

82 Jastram (n 77)

83 Ibid., p.194

84 Ver, Mikkel Rytter, ‘Semi-Legal Family Life: Pakistani Couples in the Borderlands of Denmark and Sweden’, 2012, 12 Global Networks 91.

85 Constitución de la República de Paraguay, art. 49.

86 ICRMW (n 10), art. 137.

87 CRC (n 10).

88 UNCMW, ‘Observación General N°2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y sus familiares’ (28 de agosto de 2013) UN Doc CMW/C/GC/2.

89 Constitución de Paraguay, art. 137.

90 Ver, La OIM y la integración de los migrantes, disponible en: <[https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/microsites/IDM/workshops/Migrants\\_and\\_Host\\_Society\\_12130706/seminar%20docs/infosheet\\_integration\\_es.pdf](https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/microsites/IDM/workshops/Migrants_and_Host_Society_12130706/seminar%20docs/infosheet_integration_es.pdf)> Último acceso 1 de noviembre de 2020.

91 Goksel GU, Integration of Immigrants and the Theory of Recognition: ‘Just Integration’, 2018, 4–5.

92 Xanthaki A, ‘Against Integration, for Human Rights’, 2016, 20 The International Journal of Human Rights 815, 822.

93 Ver, Stephane Berry, Mainstreaming a minority rights-based approach to refugee and migrant communities in Europe, Minority rights group international, 2017, disponible en: [https://minorityrights.org/wp-content/uploads/2017/12/MRG\\_Rep\\_MStream\\_CMC\\_FINAL.pdf](https://minorityrights.org/wp-content/uploads/2017/12/MRG_Rep_MStream_CMC_FINAL.pdf)

94 Ver, Organización internacional para la migración (OIM), Integration and social cohesion: key elements for reaping the benefits of migration, Global Compact Thematic Paper.

95 Ver, Stephane Berry (n 90)



y comunidades nacionales que habitan el mismo territorio. Por ejemplo, España está compuesta por diferentes comunidades autónomas con identidades nacionales diversas. Gallegos, catalanes, vascos, asturianos habitan un mismo territorio y tienen una identidad cultural diferente. Superado el franquismo, la Constitución española de 1978, consciente de la diversidad de comunidades nacionales, estableció en su artículo segundo “el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. Luego, en su artículo tercero reconoció “la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España”, brindándoles “especial respeto y protección”. Lo anterior, evidencia la voluntad del Estado español de proteger y promover la identidad cultural de las naciones minoritarias de su territorio. Casos similares de inclusión y respeto por la identidad cultural de distintas comunidades de un mismo territorio, se puede ver en países como Canadá, Nueva Zelanda o las jóvenes naciones de Europa del Este.

En materia migratoria, el desafío de la integración está determinado por procesos migratorios de personas hacia distintos países de destino, requiriendo respuestas integradoras por parte de los Estados.<sup>96</sup> El derecho a la vida y la identidad cultural está reconocido en el artículo 15 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>97</sup> y tratándose de minorías posee una protección aún mayor, consagrada en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>98</sup> Se ha afirmado que derechos de minorías podrían ser aplicables a poblaciones de refugiados<sup>99</sup> y también de migrantes.<sup>100</sup> Varias constituciones reconocen el derecho a la vida cultural y a la identidad cultural, en alguna de sus formas. Por ejemplo, la Constitución de Guatemala en su artículo 57 reconoce de toda persona a “participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad”. En el mismo sentido, la Constitución de Panamá en su artículo 76 y la Constitución de Ecuador en su artículo 23. Adicionalmente, la Constitución de Nueva Zelanda reconoce en su artículo 20 que toda persona que pertenezca a una minoría étnica, religiosa o lingüística

tendrá derecho a disfrutar la cultura de dicha minoría.

### 3.3 Derechos políticos

Al analizar los conceptos de ciudadanía y nacionalidad, se enfatizó en el sentido de membresía que estas categorías otorgan a sus titulares. Ser nacional o ciudadano/a implica ser parte de una comunidad política con derechos y deberes. Una de las expresiones de pertenecer a dicha comunidad política es elegir representantes mediante el voto. El derecho a sufragio representa el punto en que la condición legal de ciudadanía se encuentra con la ciudadanía entendida como comunidad política.<sup>101</sup> Ciertamente, acceder a ser parte de esta comunidad política ha sido objeto de distintas restricciones a lo largo de la historia: género, raza, clase, etnia, nacionalidad, entre otros. Actualmente, el caso de las personas migrantes residentes en países de destino es un parámetro que contribuye a determinar la inclusión o exclusión de las “membresías” establecidas por los Estados en sus constituciones.

En esta sección, analizaremos comparativamente el estado del derecho a voto en distintos textos constitucionales, para ilustrar la inclusividad o exclusión de los textos constitucionales respecto a derechos políticos de personas migrantes.

#### 3.3.1 Derecho a voto

El PIDESC permite a los Estados establecer ciertas distinciones (no discriminaciones) entre nacionales o ciudadanos/as y extranjeros/as, específicamente en el caso de derechos políticos y la libertad de movimiento.<sup>102</sup> Así, el artículo 25, prescribe que todos “los ciudadanos gozarán” del derecho a “votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. Esta disposición se refiere expresamente a “ciudadanos”, excluyendo o entregándole la discreción de excluir al Estado correspondiente. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General número 15, reconoce que “excepcionalmente algunos de los derechos reconocidos en el

96 Ver, Valeria Piergigli, ‘The Right to Cultural Identity’ (2014) 29 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 597.

97 PIDESC (n 64).

98 ICCPR (n 10), art. 27.

99 Ver, Berry SE, ‘Integrating Refugees: The Case for a Minority Rights Based Approach’ (2012) 24 *International Journal of Refugee Law* 1

100 Ver, Berry, *Mainstreaming ...* (n 96)

101 Shaw (n 2) 166.

102 Observación General No. 15 (n 5), párr. 2 y 3; D. Weissbrodt, *The human rights of non-citizens*, 2008, p. 46.

Pacto son expresamente aplicables solo a ciudadanos”,<sup>103</sup> haciendo mención del artículo 25 anteriormente citado.

Bajo el marco anterior, el que se permita la restricción del derecho a voto a personas migrantes, genera como consecuencia que los Estados posean mayor margen de discrecionalidad en el reconocimiento de este derecho. Cabe recordar, que los estándares de derechos humanos son garantías mínimas y nada impediría a los Estados reconocer más derechos que los contenidos en los tratados internacionales. Es posible ver diferencias entre aquellos países que reconocen el derecho a voto para extranjeros residentes. Una primera gran distinción, es respecto a los niveles de gobierno a los que migrantes pueden acceder a votar. Más de 60 naciones del planeta reconocen el derecho de extranjeros residentes a votar en elecciones de gobiernos locales, mientras que menos 10 Estados en el mundo reconocen el derecho a voto para elecciones nacionales.<sup>104</sup>

La Constitución de Finlandia en su artículo 14,<sup>105</sup> reconoce exclusivamente el derecho a voto en elecciones nacionales y referéndums para aquellos/as ciudadanos/as mayores de 18 años. Sin embargo, la misma disposición establece que todo extranjero con residencia permanente en el país y mayor de 18 años de edad tiene derecho a votar en las elecciones municipales y referéndums municipales. Asimismo, el artículo segundo de la Constitución de Suecia<sup>106</sup> delega en la ley electoral los requisitos para sufragio de los extranjeros. En ella, se permite que ciudadanos extranjeros mayores de 18 años voten en elecciones municipales, siempre y cuando estén inscritos en el Registro Civil sueco en los tres años anteriores a la fecha de la elección.

En el ámbito de las elecciones nacionales presidenciales, el escenario varía, siendo menos los Estados dispuestos a conceder el derecho a voto a extranjeros residentes. El caso de Chile y Ecuador es similar, ambas naciones permiten el voto de extranjeros en elecciones presidenciales bajo el requisito de contar con una residencia legal de 5 años. Además, en el caso de Chile dicho plazo de residencia debe ser continuo.<sup>107</sup> Destacable es el caso de las constituciones de Portugal y Brasil, donde a partir del principio de reciprocidad reconocido en el artículo 15 de la Constitución portuguesa y en el número 12 del texto brasileño,<sup>108</sup> reconocen iguales derechos a ciudadanos brasileños y portugueses en ambos territorios. Es decir, a través del principio de reciprocidad, ciudadanos portugueses pueden ejercer derechos políticos en territorio brasileño y viceversa. El detalle de dicho principio se encuentra regulado en el Convenio sobre Igualdad de Derechos y Deberes entre brasileños y portugueses del año 1971. El camino de la reciprocidad y cooperación a través de instrumentos internacionales puede constituir una herramienta útil para acelerar procesos de integración y reconocimiento de derechos políticos y sociales entre ciudadanos de diferentes naciones.

En general, las Constituciones no establecen directamente reconocimiento de derechos políticos para extranjeros, delegando en la ley la facultad de determinar los casos en que extranjeros residentes pueden ejercer derechos políticos en el país de destino.

103 Observación General No. 15 (n 5), párr. 2 y 3

104 Shaw (n 2) 172.

105 Constitución de Finlandia (2000), art. 14.

106 Constitución de Suecia, art. 2.

107 Constitución de la República de Chile (1980), art. 14

108 Constitución de la República de Portugal, art. 15; Constitución de la República Federativa de Brasil, art. 12.

# CONCLUSIÓN

## MIRANDO HACIA LA

## NUEVA CONSTITUCIÓN

# 4

El estudio constitucional comparado contenido en este informe nos permite identificar ciertos puntos relevantes en materia de migración que pueden ser considerados para quienes se encuentran estudiando el asunto a propósito de la redacción de la nueva constitución de Chile.

En primer lugar, al momento de buscar ejemplos de regulaciones de nacionalidad y ciudadanía, no se deben asumir como obvios estos conceptos. Tal como se demostró en este informe, ellos son a veces tratados indistintamente y otras de forma diferenciada. En algunos casos la noción de ciudadanía involucra sólo la posibilidad de ejercer derechos políticos mientras que en otros se asimila al concepto de nacionalidad. La actual constitución chilena distingue entre nacionalidad y ciudadanía.

Segundo, aún cuando los Estados están tendiendo a restringir el *ius solis*, se identificaron constituciones que lo mantienen en sentido amplio. Condicionar el *ius solis* sin normas claras, arriesga generar situaciones de

apatridia y otras vulneraciones de derechos humanos. Si en la nueva constitución chilena se optara por mantener estas excepciones, ellas debieran estar claramente redactadas de manera que no dieran lugar a interpretaciones restrictivas futuras. Como fue indicado en este Informe, la segunda excepción contenida en el artículo 10 de la actual Constitución chilena ha permitido interpretaciones arbitrarias y generado problemas de apatridia. Para cumplir con los estándares de derechos humanos de personas migrantes a los que Chile se encuentra obligado, se hace necesario evitar este tipo de normas oscuras.

Tercero, para promover su integración en el país y facilitar su “membresía” en él, es indispensable garantizar el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales de personas migrantes. Por ello, se hace necesario respetar la universalidad de estos derechos, es decir no excluir a las personas migrantes de su reconocimiento, garantía y protección. Las Constituciones analizadas tienden a esta universalidad.

Cuarto, para evitar caer en asimilación, es importante que se reconozcan derechos culturales, incluidos el derecho a la vida cultural y a la identidad cultural de personas migrantes. Es importante además la consagración de la protección de derechos de minorías, en los términos reconocidos en el artículo 27 del PIDCP, donde el ejemplo de Nueva Zelanda es interesante de observar.

Por último, este informe mostró que diversas constituciones facilitan las condiciones para el reconocimiento de derechos políticos de las personas migrantes. El ejercicio de derechos políticos mejora la integración de las personas migrantes a las comunidades políticas de cada Estado. Lo anterior ayuda al goce y ejercicio del derecho a una identidad cultural y la participación en la vida cultural por parte de las minorías

y/o comunidades de migrantes. Además, reconocer derechos políticos constituiría un importante aporte en la consagración de membresía política de personas migrantes en la sociedad de destino. Este resulta un elemento relevante a considerar teniendo en vista la redacción de la nueva Constitución de Chile.

Lo anteriormente mencionado es un camino efectivo en la eliminación de elementos que clasifican a personas migrantes como aquellas de una categoría inferior. Al mismo tiempo, ellos cimentarían las bases para que las personas migrantes pudieran efectivamente a ser y sentirse miembros de la sociedad chilena.

# BIBLIOGRAFÍA

## FUENTES PRIMARIAS

### *Nacionales*

- Constitución de Angola
- Constitución de los Estados Unidos de América
- Constitución de Ecuador
- Constitución de España
- Constitución de Finlandia (2000)
- Constitución de Francia
- Código Civil de Francia
- Constitución de Guatemala
- Constitución de Italia
- Constitución de Mozambique (1990),
- Constitución de Mozambique (2004)
- Constitución de Nueva Zelanda
- Constitución de Panamá
- Constitución de Paraguay
- Constitución Política de la República de Chile (1980)
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia
- Constitución de la República del Perú (1993)
- Constitución de la República de Portugal
- Constitución de la República Oriental del Uruguay (1997)
- Constitución de la República Federativa de Brasil (1988)
- Constitución de la República Dominicana
- Constitución de la República de Colombia (1991)

- Constitución de Sudáfrica (1996)
- Constitución de Suecia
- Constitución de Togo
- Constitución de Vietnam
- Ley de 15 de Julio de 1954 por la que se reforma el título primero del libro primero del Código Civil, denominado "De los españoles y extranjeros"
- Parlamento de Sudáfrica, Ley de Inmigración (2002)

### **Internacionales**

- Convención sobre los derechos del Niño, (adoptada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor 2 de septiembre de 1990) 1577 UNTS 3 (CRC)
- Convención sobre el estatuto de los apátridas, 28 de septiembre de 1954 (entrada en vigor, 6 de junio de 1969) 360 UNTS 117
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Adoptada el 18 de diciembre de 1990, entrada en vigor el 1 de julio de 2003) 2220 ONUSST 3 (ICRMW)
- ONU, Asamblea General, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor 16 de diciembre de 1966) 999 UNTS 171 (PIDCP)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor 3 de enero de 1976) 993 UNTS 3 (PIDESC)
- Tratado de la Unión Europea y Tratado de funcionamiento de la Unión Europea

### **FUENTES SECUNDARIAS**

- Acosta, D, 'Regional Report on citizenship: The South American and Mexican Cases' (2016) <[https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/43325/EUDO\\_CIT\\_COM\\_2016\\_01.pdf?sequence=1](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/43325/EUDO_CIT_COM_2016_01.pdf?sequence=1)> Último acceso 8 de diciembre de 2020.
- Bauböck R and Baubock R, Migration and Citizenship: Legal Status, Rights and Political Participation (Amsterdam University Press 2006) <<http://ebookcentral.proquest.com/lib/ed/detail.action?docID=420264>> Último acceso 16 de Septiembre de 2020
- Berry SE, 'Integrating Refugees: The Case for a Minority Rights Based Approach' (2012) 24 International Journal of Refugee Law 1
- Bosniak L, 'Persons and Citizens in Constitutional Thought' (2010) 8 International Journal of Constitutional Law 9
- Castles S, Citizenship and Migration: Globalization and the Politics of Belonging (Macmillan 2000)
- Conway GTI and Katyal N, 'Trump's Proposal to End Birthright Citizenship Is Unconstitutional' Washingtonpost.com (30 October 2018) <[http://link.gale.com/apps/doc/A560531645/STND?u=ed\\_itw&sid=zotero&xid=fdb9cc05](http://link.gale.com/apps/doc/A560531645/STND?u=ed_itw&sid=zotero&xid=fdb9cc05)> Último acceso 21 de Septiembre de 2020
- correspondent JGH affairs, 'Hostile Environment: Anatomy of a Policy Disaster' The Guardian (27 August 2018) <<https://www.theguardian.com/uk-news/2018/aug/27/hostile-environment-anatomy-of-a-policy-disaster>> Último acceso 29 de Octubre de 2020
- D. Weissbrodt, The human rights of non-citizens, 2008
- Davis JH, 'President Wants to Use Executive Order to End Birthright Citizenship' The New York Times (30 October 2018) <<https://www.nytimes.com/2018/10/30/us/politics/trump-birthright-citizenship.html>> Último acceso 21 de Septiembre de 2020
- Delfina Lawson y Macarena Rodríguez, 'Addressing the risk of statelessness in Chile: from strategic litigation to #Chilereconoce' en Statelessness working paper series, Institute of statelessness and inclusión, 2017, disponible en: <https://files.institutesi.org/>

WP2017\_03.pdf

- Dirección de estudios de la Corte Suprema, Revista de colecciones jurídicas: Migrantes, 2019
- Fuentes, Claudio; Lagos, Victor Hugo; Lawson, Delfina; Rodriguez, Macarena, 3000 niños esperando su nacionalidad. La necesidad de contar con remedios colectivos para resolver vulneraciones individuales de derechos, en Anuario de Derecho Público 2016, Universidad Diego Portales
- Goksel GU, Integration of Immigrants and the Theory of Recognition: 'Just Integration' (Springer International Publishing 2018)
- jgallo, 'Why Does Discrimination against Migrants Increase during a Crisis and How Can Its Impact Be Reduced?' (Regional Office for Central America, North America and the Caribbean, 7 October 2019) <<https://rosanjose.iom.int/site/en/blog/why-does-discrimination-against-migrants-increase-during-crisis-and-how-can-its-impact-be>> Último acceso 28 September 2020
- Kabeer N, 'Citizenship, Affiliation and Exclusion: Perspectives from the South' (2002) 33 IDS Bulletin 1
- Kim Rubestein and Niam Lenagh-Maguire, 'Citizenship and the Boundaries of the Constitution', Comparative Constitutional Law (Edward Elgar Publishing Limited 2011) <<http://ebookcentral.proquest.com/lib/ed/detail.action?docID=714157>> Último acceso 1 de Noviembre de 2020
- ONU, Asamblea General, Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular, A/RES/73/195, 2019
- Oosterom-Staples H, 'The Triangular Relationship Between Nationality, EU Citizenship and Migration in EU Law: A Tale of Competing Competences' (2018) 65 Netherlands International Law Review 431
- Piergigli V, 'The Right to Cultural Identity' (2014) 29 Annuaire international de justice constitutionnelle 597
- Rytter M, 'Semi-Legal Family Life: Pakistani Couples in the Borderlands of Denmark and Sweden' (2012) 12 Global Networks 91
- Salud y derechos humanos <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>> Ultimo acceso 29 de Octubre de 2020
- Shachar A, 'Citizenship' (The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 17 May 2012) <<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199578610.001.0001/oxford-hb-9780199578610-e-50>> Último acceso Agosto de 2020
- Shaw J, The People in Question: Citizens and Constitutions in Uncertain Times (University Press 2020)
- UNCESCR 'The Duties of States Towards Refugees and Migrants under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Advanced Version (24 February 2017) UN Doc E/C.12/2017/1
- UNCHR "General Comment 15: The Position of Aliens Under the Covenant" (30 September 1986)
- UNHRC "Report of the Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance" (25 April 2018) Un Doc A/HRC/38/52
- Xanthaki A, 'Against Integration, for Human Rights' (2016) 20 The International Journal of Human Rights 815 <<https://doi.org/10.1080/13642987.2016.1173402>> Último acceso 1 de Noviembre de 2020
- New York Declaration for Refugees and Migrants (adopted 19 September 2016 UNGA Res A/RES/71/1 (New York Declaration)

# TODXS PARTICIPAMOS

#TuVozCuenta



[www.sjmchile.org](http://www.sjmchile.org)