



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Martínez Pérez, Odette

EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO ANTE EL RETO DE LAS MIGRACIONES EN EL
SIGLO XXI

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 25, 2010, pp. 128-144

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO ANTE EL RETO DE LAS MIGRACIONES EN EL SIGLO XXI*

THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM BEFORE THE MIGRATIONS IN THE XXI CENTURY

Odette Martínez Pérez**

RESUMEN

Hoy Latinoamérica no sólo tiene un presente de emigración; los flujos migratorios intrarregionales constituyen un desafío y la población extranjera aumenta, junto a la constante violación de los derechos humanos, la trata y el tráfico de personas. Muchos países se abren paso en busca de ayuda, con personal científico para su desarrollo y en las inversiones turísticas, pero no garantizan pleno desarrollo a los extranjeros. Los gobiernos ven una única salida a los problemas de la presencia extranjera: reducción de espacios y soluciones penales.

PALABRAS CLAVE: *Extranjeros, Constitución, extranjería.*

ABSTRACT

Today Latin America is not an area for the migration of the national's people, the migratory flows to this region increase and the foreigners' population to. Rise the human rights violations, trate and persons traffic. Other countries in the area find scientific personal for their development and promote the tourism. But not including the development for the foreigners. The government to reduce the spaces and the solutions is the criminal law.

KEY WORDS: *Foreigners, Constitution and migratory law.*

* Recibido: 20 de marzo de 2010. Aceptado: 25 de abril de 2010.

** Profesora de derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Cuba. (odette@fd.uo.edu.cu).

Sumario

1. Introducción
2. Definiciones conceptuales
 - Definición y características de la condición jurídica del extranjero
3. Estudio de la regulación constitucional de la condición del extranjero en algunos países de Latinoamérica
 - A) Nicaragua
 - B) México
 - C) Argentina
 - D) Guatemala
 - E) Perú
 - F) Venezuela
 - G) Chile
 - H) Paraguay
 - I) Brasil
 - J) Colombia
4. Ecuador. Paradigma en la regulación constitucional a la condición del extranjero
5. Reflexiones finales
6. Bibliografía

1. Introducción

América siempre ha sido una región receptora de inmigrantes, aunque en los dos últimos siglos en menor medida. Con la conquista y colonización, nuevos territorios entraron en interacción con la economía europea y el capital logró extenderse como forma de producción a escala mundial en el siglo XVI. Esos nuevos territorios no sólo sirvieron de fuentes de metales preciosos, materias primas en general y mercado para las manufacturas de las nacientes industrias europeas, sino que permitieron, además, asimilar todo el excedente de fuerza de trabajo que se originaba en Europa como resultado del gradual incremento de la productividad y, en especial, de la transformación de la agricultura. Los nuevos territorios constituyeron un importante factor de equilibrio demográfico para Europa.

La migración en América Latina, tanto legal como indocumentada, creció de modo sostenido en las últimas décadas, principalmente hacia los Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña, pero también entre países de la propia región.¹

¹ Véase AYA DÍAZ, Antonio, *Al cruzar las fronteras*, La Habana, Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2010, pp. 45 y ss.

El Caribe experimenta un proceso simultáneo de emigración e inmigración que responde a la dinámica de los polos emergentes de crecimiento económico y los conflictos políticos del área; este proceso se complementa, en muchos casos, con el carácter triangular de esta emigración hacia los Estados Unidos. Mientras los mexicanos se van hacia los Estados Unidos, México es una base importante para los emigrantes centroamericanos, una parte de los cuales se queda en ese país y otros lo utilizan como tránsito hacia el Norte. Por su parte, los habitantes de Trinidad y Tobago emigran hacia el exterior, y sus puestos de trabajo son cubiertos por trabajadores de las pequeñas islas del Caribe Oriental. Belice y Costa Rica son importantes receptores de emigrantes de países vecinos. Venezuela recibe gran cantidad de trabajadores colombianos en la zona fronteriza y, a la par, ambos países, sobre todo Colombia, emiten emigrantes hacia los Estados Unidos. República Dominicana recibe haitianos como fuerza de trabajo barata. Los dominicanos van hacia Puerto Rico en busca de mejores opciones de empleo y los puertorriqueños emigran en forma definitiva o temporal hacia los Estados Unidos, ya sea de manera directa o a través de otro país.

Así se tornan cada vez mayores los problemas relacionados con los derechos humanos, el tráfico y la trata de personas en estos individuos, blancos de la desprotección y de la represión de las autoridades migratorias. ¿Qué puede hacer el derecho al respecto?, ¿sólo es cuestión del derecho internacional y del derecho penal, o pueden hacer algo las Constituciones?

Aquí analizaremos la regulación constitucional del estatuto del extranjero en algunos países de Latinoamérica, y como objetivo nos hemos trazado el valorar, a partir de un estudio comparado, las principales características de la condición del extranjero en algunas Constituciones latinoamericanas, tomando como muestra diez países latinoamericanos en relación con su importancia para la región y su posible o real integración al proyecto de la Alternativa Bolivariana para las Américas.

2. Definiciones conceptuales

Para algunos autores, que toman como punto de conexión la nacionalidad y la ciudadanía, la condición para ser extranjero es la filiación política con un Estado diferente al del territorio donde se encuentra; así lo conciben Gregory TUNKIN,²

² TUNKIN, Gregory, *Curso de derecho internacional privado. Manual*, Moscú, Progreso, 1980, p. 270. "Es extranjero la persona que se halla en el territorio de un Estado, pero no es ciudadano de él y posee la ciudadanía de otro Estado".

ORUE Y ARREGUI³ y Elisa PÉREZ VERA,⁴ entre otras fuentes, como la *Enciclopedia de Derecho Internacional Privado*⁵ y el *Diccionario de la Organización Internacional de las Migraciones*, referente metodológico para Estados y organizaciones internacionales, el que expone que es “la persona que pertenece a algún Estado o posee filiações políticas con otro diferente al que se encuentra”. MIAJA DE LA MUELA ha planteado que “es extranjero en un país el individuo o la persona jurídica al que sus leyes no le confieren la cualidad de nacional, séalo de otro Estado o se encuentre en situación de apatridia”.⁶ A este criterio se suman VERPLAETSE⁷ y Manuel OSORIO. Criterio con el que no coincidimos por poseer la categoría extranjero un matiz político y jurídico, y resulta la contrapartida en la población de un Estado del ciudadano.

Nosotros dejamos sentado, a los intereses de nuestro trabajo, donde no trataremos la persona colectiva extranjera sino la persona natural o física, que consideramos extranjeros a las personas naturales o físicas que posean la ciudadanía de un Estado y se encuentren en territorio de un Estado diferente, con el cual no se han naturalizado.⁸

Es interesante destacar la distinción existente entre inmigrante y extranjero. El extranjero es un concepto de matiz político, y a su vez dentro de éste se encuentran los inmigrantes, como los que vienen a un país para asentarse temporal o definitivamente. Este criterio ha sido aceptado unánimemente en la doctrina por autores de antaño, como BOFILLS, CHRETIÉN y FAUCHILLE, y otros más recientes como Lelio MÁRMORA y los cubanos Antonio AJA y María Elena ÁLVAREZ.⁹

Definición y características de la condición jurídica del extranjero

Constituye la definición de sus derechos y deberes y las garantías jurídicas que le son reconocidas; ello depende en gran medida de la calidad del reconocimiento

³ ORUE Y ARREGUI, José Ramón de, *Manual de derecho internacional privado*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1952, p. 222. “Hay autores que se apoyan en el concepto de nacional para determinar que extranjero es ‘todo individuo que se encuentra en un país distinto de aquel de donde es nacional’”.

⁴ PÉREZ VERA, Elisa, *Derecho internacional privado, parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 180. Desde una perspectiva negativa, es comprendido como “el sujeto que no es nacional del Estado en relación con el cual se plantea su estatuto”.

⁵ Tomado de SEIX, Francisco (ed.), *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona-Madrid, 1910, t. 15, p. 555. “Las personas que no forman parte de la comunidad política que se adopta como referencia”.

⁶ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Atlas, 1987, t. II, p. 73.

⁷ VERPLAETSE, Julián, *Derecho internacional privado*, Madrid, Reus, 1964, p. 169. “Son los que tienen otra vinculación política, o los que, no teniendo nacionalidad, pertenecen a la categoría de los apátridas”.

⁸ Entendiéndose éste como el acto por el cual el Estado le otorga la ciudadanía a una persona natural determinada, y hay autores para quienes es un derecho de los extranjeros.

⁹ Citados por AJA DÍAZ, Antonio, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

y el estatus jurídico de la personalidad del extranjero en cualquier Estado en el que éste se encuentre. Inicialmente se reguló en tratados relacionados con la paz y el comercio, y fue a partir de la Constitución de 1791 en Francia que las Constituciones comenzaron a regular la condición del extranjero, asimilando estos sistemas o principios del derecho privado, permeándose de un sustrato ético real con la Declaración de Derechos Humanos de 1948.¹⁰

El derecho internacional ha trazado las pautas del límite, por el cual nunca puede descender un Estado en su trato al ser humano y por ende al extranjero, pero por encima de ellos se puede otorgar un trato favorable. SHWARZENBERGER, citado por MIAJA, ha encontrado al lado del estándar mínimo otros seis principios que rigen o influyen en el estatus. Los sistemas o principios en que tiene sustento el estatus de los extranjeros o las relaciones jurídicas a las que él se adhiere en los diferentes Estados, son aquellos que imprimen la trayectoria que van a tener los derechos y deberes de los extranjeros en los diferentes territorios. Éstos toman su base en principios, y tenemos desde los más restrictivos hasta algunos que casi igualan al extranjero con el ciudadano. Entre ellos se distingue el del *minimum standard* internacional, el sistema del trato preferencial, el sistema de asimilación, el sistema de igualdad de trato, el sistema de nación más favorecida, el sistema de trato de puerta abierta, el sistema de reciprocidad y hasta el sistema de equidad. Por lo general éstos no se encuentran en los ordenamientos nacionales de manera exclusiva, sino que en un mismo ordenamiento se mezclan varios sistemas según la materia que se vaya a regular, o sea, según el núcleo de relaciones jurídicas que se intenten ordenar, siempre tiende a prevalecer alguno (o algunos) con más fuerza, amén de todos los matices. Estos sistemas no aúnan en sí un conjunto de instituciones como algunos plantean, sino con un conjunto de reglas aplicables a esos deberes, derechos y relaciones jurídicas que surgen donde está presente el extranjero.

3. Estudio de la regulación constitucional de la condición del extranjero en algunos países de Latinoamérica

132

A) Nicaragua

La Constitución nicaragüense no trata en un capítulo aparte la situación de los extranjeros y tampoco define a quién le otorga esa categoría. Por exclusión, con-

¹⁰ Para ampliar sobre la condición del extranjero véase Acosta, Cecilio, *Estudio de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1910, pp. 45 y ss.

sideramos que son a los que no toma como ciudadanos nicaragüenses,¹¹ pero en el título referente a los deberes, derechos y garantías expone lo siguiente:

Artículo 27. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o social. Los ciudadanos extranjeros tienen los mismos deberes y derechos¹² que los nicaragüenses, con excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes [...] Los ciudadanos extranjeros no podrán intervenir en los asuntos políticos del país. El estado respetará y garantizará a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en la presente Constitución [...].

Así, la Constitución de Nicaragua, al plantear el derecho a la igualdad, acoge el sistema de equiparación de extranjeros a nacionales.

B) México

En el capítulo II, título III, artículo 33 de la Constitución mexicana se señala que:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero,¹³ de la presente Constitución, pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente [...] Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Conceptualiza al extranjero partiendo del criterio que posee como ciudadano; es decir, por exclusión. Eleva a rango constitucional el derecho de expulsión de los Estados. Asimila el sistema de equiparación de extranjeros a nacionales.

¹¹ Véanse los artículos 15 y siguientes de la Constitución de Nicaragua en MAESTRE, Alfonso, *Constituciones y leyes políticas de América Latina, Filipinas y Guinea Ecuatorial*, España, Imprenta EEHA, 1987.

¹² Los derechos que se recogen en la Constitución nicaragüense para los extranjeros son: derecho a la vida y a la intimidad; inviolabilidad de domicilio, correspondencia, comunicaciones, y al debido proceso. Se reconoce la libertad de religión, conciencia, pensamiento, la protección de los derechos y la no-extradición por motivos políticos. No podrán ocupar cargos públicos ni afiliarse a sindicatos ni partidos. No poseen derecho al sufragio activo ni pasivo, ni de reunión, manifestación o petición.

¹³ Los derechos que la Constitución mexicana le otorga a los extranjeros son los siguientes: a la libertad; de petición; a la vida; libertad de locomoción o circulación; inviolabilidad de domicilio y comunicaciones; intimidad; derecho del menor a la protección del Estado; a la educación y a la enseñanza; libertad de credo; a la salud; libertad de entrada y salida; derecho a portar armas; a indemnización en caso de expropiación forzosa; libertad de empresa; derecho a la vivienda; a la investigación científica; a estar informado y a la libertad de prensa.

C) Argentina

Argentina equipara a los extranjeros con sus nacionales, excluyéndolos sólo de los derechos políticos; no especifica qué categoría de extranjero es destinatario de la equiparación. Se observa en el articulado¹⁴ que Argentina promueve la entrada de inmigrantes, dando facilidades para la estancia en su territorio, sobre todo si se trata de personas que contribuyen a la economía nacional. Se nota una suerte de flexibilización de la condición jurídica del extranjero, una manifestación económica de la política migratoria, constitucionalizando sus directrices y, en nuestro criterio, una formulación constitucional excluyente al refrendar de manera expresa que fomenta la inmigración europea.

D) Guatemala

La Constitución guatemalteca no se refiere en ningún caso a la condición jurídica del extranjero, pero por el texto constitucional, éste puede ser destinatario de los derechos y deberes¹⁵ socioeconómicos, culturales, civiles y colectivos. Aunque realiza distinciones.

Es criticable al Constituyente guatemalteco la cláusula que reconoce la vía diplomática como vía de protección de los extranjeros y limita el acceso a la justicia nacional.¹⁶ Cuestión no congruente porque éste es un mecanismo que establece el derecho internacional entre el extranjero y el Estado del que éste es ciudadano, en el que es totalmente inoperante la ley del Estado receptor, que sólo se puede limitar a los instrumentos internacionales firmados entre los países

¹⁴ Artículo 20. Los extranjeros gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía ni a pagar contribuciones extraordinarias. Obtienen la nacionalización al residir dos años continuos en la nación, pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Artículo 25. El gobierno fomentará la inmigración europea, y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir las ciencias y las artes.

¹⁵ Derecho a la libertad; vida; circulación; inviolabilidad de domicilio y la correspondencia; derecho de asociación; libertad de pensamiento y opinión; igualdad; al debido proceso; a la propiedad privada y colectiva; al medio ambiente; matrimonio; igualdad filial; trabajo; a salario mínimo; vacaciones anuales pagadas; indemnización en caso de despido; sindicalización; huelga; a la protección de los menores; a la seguridad social; educación; a la protección familiar; hábeas data; libertad de credo; a la salud; a la cultura; a portar armas; indemnización en caso de expropiación; libertad de empresa; al deporte; a la asistencia social y a la libertad de prensa.

¹⁶ De acuerdo con el artículo 29 (Libre acceso a los tribunales y dependencias del Estado), los extranjeros únicamente podían acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia. "No se califica como tal, el solo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas".

hasta donde esa protección puede llegar con reconocimiento en su territorio, pero nunca cuando se acude a ella o no.

La Constitución protege al trabajador guatemalteco¹⁷ contra la invasión de mano de obra extranjera. Por su formulación, priva a los extranjeros del derecho a optar por empleos o cargos públicos,¹⁸ lo que evidencia la total intención de mantenerlos al margen de la vida política. Asimismo, en sus artículos 122 y 123 prohíbe que los extranjeros posean bienes en zonas urbanas, necesitando autorización del Ejecutivo, y clausura totalmente la posibilidad de obtener inmuebles en la zona fronteriza.

Sin duda, encontramos una limitación excesiva al derecho de la propiedad en el primero de los casos; en el segundo vemos más bien una medida de seguridad nacional para proteger la zona fronteriza, entre otras, de la inmigración ilegal.

Asimismo, en su capítulo III, artículos 135-137, hace reserva de los llamados deberes civiles y políticos a los guatemaltecos, entre los que se incluyen: obligación de prestar servicio social y militar; obligación de defender la patria; obligación de respetar la Constitución y las leyes; trabajar por el desarrollo económico, social, cívico, cultural y moral de los guatemaltecos; contribuir a los gastos públicos, y guardar respeto a las autoridades. Pensamos que, con excepción de los dos primeros, para salvaguardar la seguridad y prosperidad de la nación debería haberlos hecho extensivos a los extranjeros como en otros textos constitucionales.

E) Perú

La Constitución de Perú tampoco regula expresamente la condición jurídica del extranjero. En su capítulo I recoge los “Derechos fundamentales de las personas”¹⁹ y en el capítulo II los “Derechos económicos y sociales”, tomando como destinatarios “a las personas”, por lo que se pueden considerar extensivos a los extranjeros. Exclusiviza los derechos y deberes políticos a los peruanos. La propiedad también tiene una fuerte limitación en los artículos 60 y 61, con gran semejanza

¹⁷ Artículo 102: (n) Preferencia a los trabajadores guatemaltecos sobre los extranjeros en igualdad de condiciones y en los porcentajes determinados por la ley. En prioridad de circunstancias, ningún trabajador guatemalteco puede ganar menor salario que un extranjero, estar sujeto a condiciones inferiores de trabajo ni obtener menores ventajas económicas u otras prestaciones.

¹⁸ Artículo 113: “Los guatemaltecos tienen derecho a optar por un empleo o cargo público”.

¹⁹ Derecho a la libertad; a la vida; a la libertad de locomoción; inviolabilidad de domicilio y de correspondencia; a la intimidad; a la inviolabilidad de las comunicaciones; de asociación; petición, pensamiento y opinión; reunión; igualdad; al debido proceso; a la propiedad colectiva y privada; al hábeas data; al medio ambiente; al matrimonio; al trabajo; a la sindicalización; a la huelga; a la mujer trabajadora; a la protección del menor; a la seguridad social; a la educación y a la libertad de credo; a la cultura y la salud; manifestación; libertad de empresa, de autor y propiedad intelectual; a la creación, al deporte y la educación física; la investigación científica y la protección del consumidor.

a la Constitución guatemalteca en lo referente a la adquisición de bienes en la zona fronteriza, pero, a diferencia de la primera, deja el espectro abierto para una posterior regulación de la limitación para la adquisición de otros bienes, que en ambos casos no se precisan, porque con esta medida se preserva la seguridad nacional y se prevén y controlan determinados fenómenos nocivos en la frontera, como el tráfico de drogas y de personas, salvaguardando también bienes nacionales.

F) Venezuela

No define de manera expresa la condición jurídica del extranjero. Con un destinatario abierto y plural, en el título III, capítulo I, se recogen los deberes, derechos²⁰ y garantías; en el capítulo III los civiles; en el IV los políticos y el referendo popular; en el V los sociales y familiares; en el VI los culturales y educativos; en el VII los económicos y en el IX los ambientales. De ello se infiere que también se hacen sujetos de éstos a los extranjeros.

Es valedero hacer referencia al artículo 64, donde se le otorga el derecho al voto en las elecciones municipales, parroquiales y estatales, a los extranjeros que hayan cumplido 18 años de edad, con más de diez años de residencia en el país y que no estén sujetos a inhabilitación política o interdicción civil. Se observa una posición de avanzada con una construcción legislativa que no se limita sólo a otorgar el derecho, sino que se queda en el ejercicio para el desarrollo del mismo, siendo también el más amplio marco de participación política de los estudiados. También en el capítulo X, donde se reflejan los deberes, hace extensivos a los extranjeros los deberes de carácter político, como el servicio militar y realizar funciones electorales, y si bien la cuestión es en extremo novedosa y positiva, porque amplía el marco de participación, no posee amparo en las normas internacionales; pero además podría entrar en una situación concreta de colisión por los intereses de determinados países y un humano en común.

G) Chile

El texto constitucional chileno le brinda a los extranjeros una serie de prerrogativas, incluyendo la posibilidad de adquirir la ciudadanía chilena siempre que

²⁰ Derecho a la libertad; vida; circulación; inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia; derecho de asociación; libertad de pensamiento y opinión; igualdad; al debido proceso; a la propiedad privada y colectiva; al medio ambiente; al trabajo; a la sindicalización; huelga; a la protección de los menores; a la seguridad social; a la educación; a la protección familiar; hábeas data; libertad de credo; a la salud y a la cultura; a portar armas; indemnización en caso de expropiación; libertad de empresa; libre creación; al deporte; a la asistencia social y libertad de prensa.

tuvieren carta de nacionalización de conformidad con la ley, renunciando expresamente a su nacionalidad anterior; además del goce de derechos políticos, que generalmente son privilegios de los ciudadanos nacionales.²¹ La Constitución plantea el reiterado tema de la igualdad de todas las personas ante la ley sin distinción ni privilegios, quedando al margen cualquier condición discriminatoria. En relación con ello, insistimos que la mención que se hace respecto a los extranjeros es también poco esclarecedora, pues a todos se les da el mismo tratamiento, con excepción de los residentes, tema que trataremos más adelante. Esta norma dedica el capítulo III a los derechos y deberes tanto de los ciudadanos como de los extranjeros. En este último caso no se tratan explícitamente, sino que se deducen de los términos: “todos en la nación”, “toda persona”, “nadie”.²² Por tanto, de una forma u otra se asemejan todas las personas, en cuanto a derechos y deberes, dentro del territorio chileno.²³

H) Paraguay

La Constitución de Paraguay expone los derechos y deberes de las personas que se hallen en su territorio. En el caso de los extranjeros, les brinda las garantías mínimas fundamentales que el derecho internacional les asegura. El texto constitucional no ofrece un capítulo al desarrollo de los derechos de los extranjeros, sino que al plantearse la igualdad de condiciones de todas las personas en Pa-

²¹ En esta Constitución también se confunden los términos nacionalidad y ciudadanía.

²² El texto de la Constitución chilena no desarrolla los derechos y deberes de los extranjeros en un capítulo independiente.

²³ El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; a la propiedad personal; al respeto y protección a la vida; a la honra de la persona y de su familia; a adquirir la ciudadanía chilena; a la defensa jurídica y a un juicio justo; a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; a la libertad de conciencia; manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. No pueden ser arrestados o detenidos, sujetos a prisión preventiva o presos, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto. Y si se hallaren cumpliendo sanción se les reservan los derechos fundamentales inherentes al ser humano. Asimismo, se incluyen el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual; a la libertad de circulación (siempre en observancia de las normas establecidas en la ley); a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; a la protección de la salud; a la educación y a la libertad de enseñanza; a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas; de emitir opinión y de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio; derecho de asociarse; de presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes, y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El derecho a la seguridad social, a la libertad de trabajo y su protección, y a sindicarse (la afiliación sindical será siempre voluntaria).

“Artículo 4. Los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13 [que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena afflictiva], podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley”. Asimismo, se establece la obligación de observar y respetar las leyes, el país y sus emblemas nacionales. El recurso de amparo es la categoría constitucional reconocida.

raguay, se deduce que tienen los mismos derechos civiles y garantías que posteriormente se relacionarán. A la condición de igualdad de los extranjeros con los nacionales se refieren los artículos 46: “todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones”, y 47: “el Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1. La igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2. La igualdad ante las leyes; 3. La igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y 4. La igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura”.

Al igual que la mayoría de los textos constitucionales del mundo, éste no muestra los derechos según las categorías migratorias de los extranjeros, sólo las menciona de forma general y de vez en cuando especifica cuando se refiere, por ejemplo, a los asilados políticos y a las personas extranjeras que soliciten la adquisición de la ciudadanía (esta última para los residentes permanentes).²⁴

1) Brasil

La Constitución brasileña no se detiene a normar un título o capítulo para los extranjeros, sino que se refiere a ellos en sus artículos 3 y 5, que esbozan el principio

²⁴ Derecho a la libertad, seguridad e inviolabilidad de sus derechos; a la intimidad personal y familiar; a la propiedad; a la vida y a no ser sometidos a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; derecho a la salud; a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado; a juicio justo y a la defensa; derecho a la libertad religiosa; libertad de culto e ideológica; a la libre expresión de su personalidad; a la creatividad y a la formación de su propia identidad e imagen; derecho a la educación (aprender y enseñar), así como al acceso a los beneficios de la cultura humanística, de la ciencia y de la tecnología, sin discriminación alguna. Además se inserta el derecho al pluralismo ideológico; a la libre expresión; de prensa; a la difusión del pensamiento y de opinión; a recibir información veraz, responsable y ecuánime; a la vivienda; a reunirse y a manifestarse pacíficamente (sin armas y con fines lícitos, sin necesidad de permiso, así como el derecho a no ser obligado a participar de tales actos); derecho de asociarse o agremiarse con fines lícitos; derecho a adquirir la ciudadanía paraguaya (“puede adquirir la ciudadanía toda persona de nacionalidad paraguaya por naturalización, después de dos años de haberla obtenido”); a peticionar a las autoridades; a ser indemnizados justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado. También consagra el derecho a entrar, salir y transitar libremente por el territorio nacional; al cambio de domicilio o de residencia, así como incorporar sus bienes al país o sacarlos de él (de acuerdo con las leyes y convenios internacionales en esa materia); derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, así como el derecho de asilo consagrado en el artículo 43. El derecho a un trabajo lícito (público o privado), libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas, con acceso a las garantías laborales, quedando fuera cualquier tipo de condición discriminatoria, así como el derecho a la sindicalización, a la seguridad social, a la huelga y al paro. Por último, en cuanto a éstos, son otorgados a los ciudadanos nacionales y a los extranjeros residentes de forma permanente: “Los extranjeros con radicación definitiva tendrán los mismos derechos en las elecciones municipales”. Pueden contribuir a la defensa nacional y no estarán obligados al pago de tributos ni a la prestación de servicios personales que no hayan sido establecidos por la ley. No se exigirán fianzas excesivas ni se impondrán multas desmedidas. Se reconoce el recurso de amparo, el hábeas corpus y el hábeas data.

de igualdad de todos en su territorio, aunque en este último hay una deficiencia, y es que al referirse a los extranjeros sólo alude a los residentes permanentes: “Artículo 3. Promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad o cualesquiera otras formas de discriminación”. “Artículo 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad [...]”.²⁵

J) Colombia

La Constitución colombiana posee, al igual que las ya analizadas, entre sus principios el de igualdad. El artículo 5 señala que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”. De acuerdo con el artículo 13, “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades

²⁵ Derecho a libertad de expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, sin necesidad de censura o licencia; derecho a la vida y la integridad física y moral; a la educación; a la salud; al descanso; la seguridad; la previsión social; la proyección de la maternidad; a la adquisición de la ciudadanía brasileña; a la propiedad; a no ser sometidos a tortura ni a trato inhumano o degradante; a la libertad de manifestación del pensamiento; a la libre circulación dentro del territorio (también se asegura el derecho a la entrada y salida del país); a la libertad de conciencia y de creencia, asegurándose el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada la protección de los locales de culto y sus liturgias. Conjuntamente están el derecho a no ser obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de ley; al acceso a la información, salvaguardando el secreto de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional; a recibir respuesta proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen; derecho a la defensa y al justo proceso judicial; a la herencia; derecho de asociación para fines lícitos; a la inviolabilidad del domicilio (salvo por determinación judicial); derecho de reunirse pacíficamente sin armas; a la inviolabilidad del secreto de la correspondencia, de las comunicaciones telegráficas, de las informaciones y de las comunicaciones telefónicas (salvo, en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley establezca para fines de investigación criminal o instrucción penal), y el derecho de petición ante los poderes públicos en defensa de derechos o contra la ilegalidad o el abuso de poder. También tiene lugar el derecho de asilo en el artículo 4, así como la figura de la extradición: “No se concederá la extradición de extranjeros por delitos políticos o de opinión”. Derecho al libre ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, cumpliendo las calificaciones profesionales que la ley establezca, y la libertad de asociación profesional o sindical. Se garantiza el derecho de huelga, correspondiendo a los trabajadores decidir sobre la oportunidad de su ejercicio y sobre los intereses que deban defenderse por medio de él. Por otra parte, los extranjeros no poseen derechos políticos: “No pueden alistarse como electores los extranjeros”.

En cuanto a la protección de estos derechos se concederá hábeas corpus siempre que alguien sufriera o se creyera amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder. Se concederá hábeas data para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; para la rectificación de datos cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo. Y se concederá mandamiento de seguridad para proteger un derecho determinado y cierto, no amparado por hábeas corpus o hábeas data, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder público.

y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. Asimismo, el artículo 17 “prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”.

Existe una contradicción entre los artículos 13 y 2, el cual sólo brinda protección a los residentes en Colombia (por ende, se entiende que sólo a los nacionales y a los extranjeros residentes) por parte de las autoridades de la República. Esto trae como efecto que los extranjeros no residentes queden fuera del alcance de esta disposición: “Artículo 2. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Esta Constitución consagra en su capítulo 3 las facultades de los extranjeros en su territorio:

Artículo 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Asimismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.

De este artículo se deriva la posibilidad de aproximar derechos y garantías que poseen los ciudadanos colombianos a los extranjeros; incluso les confiere derechos políticos a nivel local a quienes tengan la condición de residentes.

4. Ecuador. Paradigma en la regulación constitucional a la condición del extranjero

140

La actual Constitución de Ecuador comenzó a regir en 2008. En su artículo 63 faculta a los extranjeros residentes en su territorio a ejercer el derecho al voto, imponiendo como única condición su estancia previa en el país por un periodo de cinco años, diferenciándose de la Constitución anterior al establecer menos impedimentos a los extranjeros y otorgándoles facilidades que contribuyan a su extenso desenvolvimiento en el país.

En el texto constitucional se exponen detalladamente las causales por las cuales un extranjero puede adquirir la ciudadanía ecuatoriana y de esta forma lograr una mayor participación en el territorio ecuatoriano. De ellas, las más significativas están referidas a los extranjeros que hayan prestado servicios relevantes al país con su talento o esfuerzo individual y los extranjeros menores de edad adoptados por ecuatorianos, mientras no expresen voluntad contraria.

Desde un punto de vista doctrinal se acoge al sistema de igualdad, reflejado en los artículos 9 y 61, en los que otorga a los extranjeros los mismos derechos y deberes que a los ecuatorianos, entre los que se destacan: elegir y ser elegidos; participar en los asuntos de interés público; desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, equitativo, pluralista y democrático; conformar partidos y movimientos políticos, entre otros.

En cumplimiento del principio regulado en el artículo 11, apartado 2, segundo párrafo, consistente en la prohibición de discriminación por diferentes razones, entre las que prevalece el lugar de nacimiento y la condición migratoria, so pena de ser sancionado por la ley, concede a los extranjeros los derechos del buen vivir; al agua y a la alimentación; a un ambiente sano; a la comunicación e información; a la cultura y la ciencia; la recreación; la práctica del deporte; la educación; la salud; el trabajo, y la seguridad social.

Establece como garantías jurisdiccionales el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de intermediación y celeridad, sin que nadie quede en una situación de indefensión.

5. Reflexiones finales

1. La regulación jurídica del extranjero ha adoptado dos formas específicas: ha sido recogida expresamente en títulos, capítulos o artículos, como es el caso de México, Nicaragua y Argentina, o bien no se hace alusión expresa a ésta; sólo se señala a los destinatarios de los deberes y derechos de forma genérica, logrando por interpretación constitucional hacerlos extensivos a los extranjeros, haciendo alusiones específicas de determinados derechos.
2. Las Constituciones latinoamericanas plasman dentro de su normativa el principio de igualdad, que es esencial para el reconocimiento de los derechos y libertades de las personas, sin distinción de sus características (la igualdad jurídica es considerada como uno de los principios básicos de cualquier sistema de garantías).

3. Existe una tendencia cada vez mayor a equiparar a los extranjeros con los nacionales, lo que se demuestra de la siguiente manera:
- Los derechos civiles individuales reconocidos a los extranjeros coinciden, en su generalidad, con los que se les reconocen a los ciudadanos nacionales: derecho a la vida y la integridad física y moral; a la libertad de palabra y prensa; a la libertad de conciencia y religión; a la propiedad; a la inviolabilidad de domicilio, correspondencia y comunicaciones cablegráficas, telegráficas y telefónicas; al secreto de las informaciones privadas; a la libertad de asociación, reunión y manifestación; derecho a acceder a documentos públicos; derecho a la libertad e inviolabilidad de la persona; al debido proceso y a la defensa, partiendo del derecho de no ser encausado ni penado sino por un tribunal competente. También se consagra el derecho a la salud, la educación, al deporte, la recreación, la libertad de creación artística y científica, el derecho de dirigir quejas y peticionar a las autoridades, a disfrutar de un medio ambiente sano, a la libre circulación, a la seguridad social, a ejercer actividades económicas lícitas y a la adquisición de la ciudadanía del país donde resida, diferente al de origen, a través de la naturalización.
 - Los extranjeros tienen derecho al trabajo (tanto público como privado), a ejercer una determinada profesión y obtener los beneficios que de ella se derivan (derecho al salario, al descanso, a sindicarse y a reclamar sus derechos). En varios países éste no sólo tiene el carácter de derecho, sino que también es un deber.
 - Aunque en principio los extranjeros sólo deberían poseer derechos civiles, la gran mayoría de los países analizados le otorga a los extranjeros residentes (principalmente a los residentes permanentes) derechos políticos. Ello muestra un acercamiento mayor al mencionado principio de igualdad entre los nacionales y extranjeros, pero, como apreciamos, este derecho de participación pública es restringido, pues solamente se extiende a los extranjeros señalados en la posibilidad de ejercer el sufragio en las elecciones locales de residencia. Sólo seis países de la muestra consagran derechos políticos a los extranjeros: Argentina, Chile, Paraguay, Venezuela, Colombia y Ecuador, los cuales representan el 50% de los países latinoamericanos que constitucionalmente confieren derechos políticos a los extranjeros residentes.
4. Tienden a constitucionalizarse directrices de la política migratoria y se maneja la inmigración en función de la economía.

5. La mayoría de los textos constitucionales plantea la protección de las personas naturales (extranjeras o no); para ello, éstas pueden hacer uso de los recursos que sean garantes de la aseguración de los derechos vulnerados a través de varios procedimientos, generalmente sencillos y rápidos; entre ellos, como los más comunes y presentes en la inmensidad de las Constituciones de América Latina, se encuentran el hábeas corpus y el recurso de amparo.
6. Se les impone básicamente el deber de contribuir y la obligación de respetar los ordenamientos constitucionales y demás leyes, así como al sistema político, sus dirigentes y emblemas nacionales.
7. La Constitución ecuatoriana es pionera en una nueva forma de regulación constitucional de la condición de extranjero. No se limita al reconocimiento de derechos, deberes y garantías; aborda temas como la simple exigencia del respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes y la prohibición de la esclavitud, así como aspectos relacionados con “la promoción del principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como el elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países”. Prohíbe incluso la discriminación ante la carencia de condición migratoria o ilegalidad y reconoce su derecho a inmigrar en el artículo 40. En definitiva, percibimos que el Constituyente ha querido despojar de todo fin represivo y restrictivo la condición de extranjero, aceptándolo como fenómeno estructural actual en materia de población, que no se resuelve a través de la represión, y menos del inmigrante.

6. Bibliografía

- Acosta, Cecilio, *Estudio de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1910.
- Aja Díaz, Antonio, *Al cruzar las fronteras*, La Habana, Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2010.
- Arce, Alberto G., *Derecho internacional privado*, México, Universidad de Guadalajara, 1990.
- Asensi Sabater, José, *Introducción al estudio del derecho constitucional. Estudio de cátedra*, España, Gamma, 1994.
- Batiffol, H. y Lagarde, P., *Derecho internacional privado*, 6a. ed., París, 1974, t. I.

- Maestre, Alfonso, *Constituciones y leyes políticas de América Latina, Filipinas y Guinea Ecuatorial*, España, Imprenta EEHA, 1987.
- Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Atlas, 1987, t. II.
- Orue y Arregui, José Ramón de, *Manual de derecho internacional privado*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1952.
- Pérez Vera, Elisa, *Derecho internacional privado, parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980.
- Seix, Francisco (ed.), *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona-Madrid, 1910, t. 15.
- Tunkin, Gregory, *Curso de derecho internacional privado. Manual*, Moscú, Progreso, 1980.
- Varios autores, *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003.
- _____, *Historia de la migración, la extranjería y la ciudadanía en Cuba*, Cuba, Archivos de la Dirección de Inmigración y Extranjería, 2002, inédito.
- _____, *Temas de derecho constitucional cubano*, La Habana, Félix Varela, 2002.
- Verplaetse, Julián, *Derecho internacional privado*, Madrid, Reus, 1964.
- Villabella Armengol, Carlos, *Selección de textos constitucionales iberoamericanos*, Cuba, Imprenta Universitaria, 2002.
- Weinberg de Roca, Inés, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1997. ■

[Volver al índice >>](#)