ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
ISSN 0718-0195 · Vol. 19 · Núm. 2 · 2021 · pp. 170-198 · DOI: 10.4067/S0718-52002021000200170

Sentido y alcance del contenido esencial del derecho a migrar en Chile

Meaning and Scope of the Essential Content of the Right to Migrate in Chile

María Ignacia SANDOVAL GALLARDO[1]

Resumen: El aumento de flujos migratorios es una realidad presente en nuestro país que ha implicado que el Estado chileno de respuesta a este fenómeno complejo desde su institucionalidad vigente. En este sentido resulta interesante determinar qué se ha comprendido por derecho a migrar en nuestro país y si esto es acorde a no con el derecho internacional de los derechos humanos.
Este trabajo tiene por objetivo proponer qué debería comprender el contenido esencial del derecho a migrar en Chile. Para ello se analizarán aspectos doctrinarios y jurisprudenciales referentes al contenido esencial de los derechos, como garantía normativa. A su vez, la normativa nacional e internacional sobre el derecho a migrar.
Para la construcción de nuestra propuesta se utilizarán los estándares interamericanos, en materia migratoria, que establecen los cimientos mediante los cuales debería construirse este espacio inviolable de este derecho humano.

Palabras clave: Contenido esencial, Derecho a migrar, Derechos humanos de los migrantes

Abstract: The increase in the migration flow has been a fact in our country during the last five years. Because of that the State of Chile has been forced to give an answer to this situation despite of the complexity of this phenomenon within the current institutional law framework. In this context is interesting to determine the significance of the right to migrate in our country and if this conception is in line with the international human rights.
This article has as objective propose which elements should be considered within the essential content of the right to migrate in Chile. To determine these different aspects (doctrinal and jurisprudential issues) were analyzed according to the essential content as a normative guarantee of fundamental rights. Also, within this analysis it was considered the

[1] Abogada, Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Profesora adjunta de Derechos Fundamentales, Universidad Andrés Bello. Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Santiago, Chile. Correo electrónico: ignaciasandoval.ga@gmail.com

Fecha de recepción: 2020-01-22; fecha de aprobación: 2021-05-19

national and international migration law. To build this proposal the Inter-American standards of migrant's rights were used as a criteria to ensure the accomplishment of this fundamental human right.

Keywords: Essential Content, Right to Migrate, Migrants Human Rights

1. Introducción

Los desplazamientos humanos han estado presentes a lo largo de la historia humana, cuya regulación ha sido facultad de los ordenamientos internos de los Estados, tomando en consideración diversos factores para establecer dicha reglamentación. En nuestra legislación, el bien jurídico que se protege es la seguridad nacional, por ende, la legislación migratoria es reflejo fiel de esta visión protectora de las fronteras estatales. La Ley de Extranjería aún vigente en Chile data del año 1975, es decir, es una norma preconstitucional, que no fue creada bajo el paradigma de la protección de los derechos fundamentales. Si bien la nueva ley de Migración y Extranjería fue promulgada el 11 de abril de 2021, esta no entrará en vigor sino hasta cuando se dicte el Reglamento respectivo.

Este trabajo tiene por objetivo proponer la determinación del contenido esencial del derecho a migrar, para esto analizaremos, en primer lugar, lo dicho por la doctrina y jurisprudencia respecto del contenido esencial de los derechos. Posteriormente, examinaremos el tratamiento de este derecho en el ámbito nacional e internacional regional, para terminar con nuestra propuesta de contenido esencial del derecho a migrar.

Utilizaremos para el desarrollo de este trabajo el método dogmático para el desarrollo de las posturas doctrinarias respecto del contenido esencial de los derechos, que consiste en la primera parte de este trabajo. En la segunda parte, al analizar lo dicho respecto de este derecho por la jurisprudencia nacional e internacional, utilizaremos el método inductivo.

Nuestra hipótesis consiste en que a partir de lo establecido en el artículo 19 N°7 de la Constitución en relación con el artículo 5°, inciso segundo, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sostendremos que el contenido esencial del derecho de migrar implica una restricción para el legislador para limitar este derecho en la medida que conlleve a un desconocimiento de la dignidad humana de los migrantes y de sus derechos humanos. Tampoco podrá establecer normas que signifiquen un trato desigual y discriminatorio de los migrantes,

ya sea que estén en una situación migratoria regular o irregular, basados en el principio de *Ius Cogens* de igualdad y no discriminación.

Concluyendo este trabajo con una apreciación de la realidad migratoria en Chile y los avances necesarios para el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

2. La evolución jurídica de la migración desde el siglo XX a la actualidad

Cuando hablamos de migración estamos haciendo alusión a una acción humana que implica el movimiento de trasladarse de un país a otro, ya sea de manera temporánea o definitiva, la Real Academia Española ha dicho que consiste en el "desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales". Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su resolución 03/08 señaló que la migración es un "fenómeno vinculado con el proceso de integración y globalización; que los países de la región son puntos de origen, tránsito y destino de los y las migrantes y que la migración guarda una enorme importancia social y económica en la región"[2]. En este mismo sentido la Opinión Consultiva OC-18/03, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha establecido que emigrar o migrar consiste en "dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él"[3].

De las ideas descritas podemos sostener que lo que caracteriza a la migración es el evento humano, intensificado en la era de la globalización, de desplazarse de un país a otro con el ánimo de establecerse en él, motivado por distintos factores, entre ellos socioeconómicos. Por lo tanto, son diversas las circunstancias que motivan a las personas para dejar su país de origen y dirigirse a otro para residir en él, pero la principal de ellas podría sindicarse como la esperanza de mejorar sus condiciones y calidad de vida.

Con respecto a la regulación de esta actividad humana es pertinente señalar que es una materia entregada a la soberanía interna de cada Estado, correspondiendo a las autoridades respectivas regular los requisitos de visación, de residencia y de las sanciones respectivas ante el incumplimiento de la regulación nacional. En nuestro país la regulación de la migración en los

[2] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 03/08, del año 2008.
[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.

términos planteados se encuentra consagrada en el Decreto Ley Nº 1094, de 1975 y Decreto Supremo Nº 597, de 1984.

Con fecha 11 de abril se promulgó la nueva Ley de Migración y Extranjería, dentro de la discusión parlamentaria se debatió sobre la inclusión del derecho a migrar la que no prosperó[4].

Ahora que hemos establecido un marco general de las características de la migración, corresponde ahora, referirse a su evolución histórica. Aquí corresponde comenzar con la afirmación de que desde el siglo XVIII hasta el principios del siglo XX no existe un reconocimiento jurídico del derecho de migración[5].

A partir del siglo XX en base al art. 13 de la Declaración Universal de Derecho Humanos (DUDH), art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 8 y 79 de la Convención Internacional de Trabajadores migratorios, llevan a sostener que reconocen el derecho de salir de cualquier país, incluso del propio y la posibilidad de retornar a él (emigrar). El principio de soberanía estatal implica el establecimiento de los requisitos y prerrogativas de ingreso o expulsión de migrantes, como la consagración de distinciones entre migrantes en situación regular o irregular. Esta soberanía tiene como límite las obligaciones que los Estados tiene respecto de los derechos humanos. Hasta el momento, lo afirmado en cuanto a que corresponde a la legislación interna de cada Estado la regulación del ingreso como las condiciones de permanencia y expulsión de los extranjeros, se encuentra sustentado por el paradigma de la época, el cual corresponde a la protección de la seguridad nacional y, por ende, de la soberanía estatal[6]. Con posterioridad a la segunda guerra mundial cambió el paradigma tradicional

[4] "Respecto a una indicación del diputado señor Naranjo -que se rechazó- en orden a incluir dentro del ámbito de aplicación de esta ley el ejercicio del derecho a la migración, el asesor jurídico de la Subsecretaría del Interior, señor Pablo Celedón, sostuvo que no existe el derecho a la migración propiamente tal; lo que el ordenamiento jurídico consagra es el derecho a la libre circulación, que es distinto.
Por su parte, el señor Mijail Bonito, también de la referida subsecretaría, manifestó que en el artículo 12 de la Convención de Derechos Civiles y Políticos se menciona el derecho a la migración, pero el Comité respectivo ha acotado el alcance de ese derecho. Agregó que la aceptación de la propuesta parlamentaria implicaría un grado de responsabilidad muy alto para el Estado de Chile, sin regresividad. En otros términos, el derecho a emigrar, que es inobjetable, no puede significar que un Estado se vea obligado a acoger a un extranjero. En torno al mismo punto, el señor José María Hurtado, de la Subsecretaría del Interior, dijo que precisamente por no existir propiamente tal el derecho a la migración tiene sentido la institución del refugio.
La diputada señora Hernando refutó las opiniones vertidas por los asesores del Ejecutivo, indicando que resulta contradictorio que se reconozca el derecho a la libre circulación y, en cambio, no ocurra lo mismo con el derecho a la migración. Acotó que, en algunos países, como Ecuador, sí se acoge tal derecho. Se trata, en el fondo, de una cuestión de principios. La indicación en cuestión es, además, coherente con el contenido del inciso primero del artículo 2 del proyecto.
La diputada señora Parra instó a consagrar en el proyecto la libertad de circular libremente y el derecho de ingresar, permanecer y salir del país, en concordancia con el ordenamiento jurídico, y sin perjuicio de la Política Nacional Migratoria". Historia de la ley Nº 21325, primer trámite constitucional Cámara de Diputados.
[5] Arcos (2020), p. 287.
[6] Artículo 1 y 6, inciso 1°, de la Convención sobre las Condiciones de Trato a los Extranjeros de 1928: "1°. - Los Estados tiene el derecho de establecer por medio de leyes las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en su territorio". "6°. - Los

dejando el Estado de ser un fin en sí mismo y pasando a ser un instrumento de la persona humana[7], ocupando el ser humano un lugar central y constituyendo un fin en sí misma, siendo un sujeto titular de derechos fundamentales que emanan de la dignidad humana, que es la "fuente moral de los derechos humanos"[8].

En este sentido, podemos señalar instrumentos que reconocen a la persona como digna de respeto y protección se realiza, por ejemplo, en el ámbito internacional por la Declaración Universal de Derecho Humanos de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948 y en esa misma línea le sigue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. Podemos indicar que nuestra Constitución Política de 1980 realiza este mismo reconocimiento en su artículo 1°. Por lo cual al reconocerse la dignidad humana por los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales, se admite que el ser humano goza de "una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana"[9]. Los derechos que emanan de la esencia humana, según lo establece el artículo 5°, inciso 2°, de nuestra Constitución es una limitación a la soberanía.

Cabe preguntarse entonces cómo influye este cambio de paradigma en la regulación del derecho a migrar, la realidad es que las normativas chilenas que regulan esta materia insisten en mantener una perspectiva proteccionista de las fronteras y la seguridad nacional[10], no reconociendo el cambio de circunstancias de la primacía de la persona humana y su dignidad. Si bien se han regulado materias relevantes en este sentido como la tipificación del delito de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes[11] no se ha procedido a la modificación de los pilares normativos que sustentan el derecho a migrar como lo son el Decreto Ley N° 1094, de 1975 y Decreto Supremo N° 597, de 1984, lo que lleva a sostener que Chile no ha evolucionado a la par del derecho internacional de los derechos humanos en esta área.

La migración como actividad humana que es regulada por el Estado, según la Opinión Consultiva OC- 18/03, debe contemplar que "los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos"[12], por lo tanto, es deber de los Estados

Estados pueden, por motivo de orden o de seguridad pública, expulsar al extranjero domiciliado, residente o simplemente de paso por su territorio". También Buongermini (s/f), p. 4; Arlettaz (2018), pp. 293 y 294.

[7] Véase en este sentido Habermas (2010), p.105; Nogueira (2010), p. 13.

[8] Habermas (2010), p.105.

[9] Nogueira (2010), p. 13.

[10] Bassa y Mercado (2015), p. 107.

[11] Ley Nº 20.507 de 2011.

[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/0, 17 de septiembre de 2003.

respetar los estándares internacionales mínimos en torno a esta materia. Es así que con la globalización y las relaciones de interdependencia entre los Estados y del contexto social y cultural en el cual nos encontramos las legislaciones internas deben evolucionar y ajustarse para que efectivamente reflejen que el derecho a migrar es un derecho fundamental y los migrantes son sujetos de derecho que gozan de dignidad humana, la cual debe ser respetada y garantizada[13].

Queda de manifiesto que, si bien el establecimiento y regulación de políticas migratorias es una facultad propia de la potestad de cada Estado, éste debe ajustarse a ciertos estándares mínimos consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos que reflejan la evolución en las materias de migración pasando de ser regulado unilateralmente a ser un asunto de carácter multilateral. A modo de ejemplo, en 1951, fue fundada la Organización Internacional para las Migraciones, que es una organización intergubernamental que tiene un rol activo en las problemáticas sobre migraciones, cuya función principal es incentivar la cooperación internacional en esta materia. A su vez como consecuencia, especialmente, de la segunda guerra mundial, donde los desplazamientos de personas perseguidas y víctimas de la guerra fueron materia de preocupación internacional, lo cual llevó a que las Naciones Unidas creara la Organización Internacional sobre Refugiados, que cumplió un rol fundamental en la reubicación y protección de estas personas y sus familias ofreciendo soluciones definitivas. La Organización Internacional sobre Refugiados fue reemplazada en el año 1951 por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, cuyo rol principal ha sido establecer políticas que faciliten los flujos migratorios, entendiendo que esta forma parte del mundo contemporáneo y que las políticas de los países deben ajustarse en torno a la cooperación internacional[14].

Dentro del fenómeno del movilidad humana, encontramos dos categorías distintas, migrantes y refugiados, que presentan características propias. Por una parte, el migrante "que es alguien que se encuentra fuera del territorio del que es nacional, sin consideración de su situación migratoria, su intención y su temporalidad", es decir, existe un elemento de voluntariedad para traspasar fronteras basados en diversos factores[15]. Por otra parte, refugiado

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor versus Panamá, 23 de noviembre de 2010. Véase en este mismo sentido Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 28 de agosto de 2014.
[14] Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2011). "Manual de Reasentamiento del ACNUR", p. 3. [Disponible en: https://bit.ly/307xMMv]. [Fecha consulta: 27 de julio de 2021].
[15] CIDH (2019), Resolución 4/19 de 7 de diciembre de 2019.

es aquella persona que huye o no puede retornar a país de origen debido a temor por su vida o por conflictos armadas y que gozan de protección internacional.

3. El contenido esencial de los derechos fundamentales

En primer lugar, el contenido esencial de los derechos fundamentales es "una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales"[16]. Cuando nos referimos al contenido esencial de los derechos fundamentales estamos aludiendo a una garantía normativa que limita la facultad del legislador para restringirlos o limitarlos, es decir, se puede señalar que consiste en "el conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formarles y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia"[17] o "como un concepto jurídico, capaz de ser depurado y perfilado técnicamente a fin de hacer operativo el límite jurídico que expresa en el proceso de aplicación del texto constitucional"[18].

En Chile esta garantía se encuentra consagrada en el artículo 19 Nº 26 de la Constitución que consagra que el legislador no puede afectar los derechos en su esencia. Partiendo de la base que el legislador es el que está habilitado para regular los derechos fundamentales se hace necesario precisar el significado de este precepto jurídico, el cual se puede analizar desde dos enfoques, el primero en el sentido de que:

> la regulación de los derechos —garantías, en este enfoque, podría significar tanto realizar una concretización legislativa como también establecer limitaciones a alguno de los elementos accesorios que integra el respectivo derecho, ambas posiciones estarían legitimadas por el artículo 19 Nº 26 de la Constitución, aun cuando es necesario explicitar que la limitación de los elementos accesorios del derecho debería fundarse en algún bien jurídico constitucionalmente determinado.
> Una segunda lectura más acuciosa del texto constitucional podría señalarnos que la autorización constitucional del artículo 19 Nº 26 de la Carta Fundamental no es para regular o limitar los derechos sino sólo las garantías de los derechos que ella asegura, lo que implicaría no afectar el contenido esencial de los derechos, que sería equivalente al contenido constitucionalmente delimitado, por lo que la regulación legal debiera moverse dentro de ese marco[19].

Por lo tanto esta garantía implica que el legislador ve limitada su facultad de restringir los derechos fundamentales no pudiendo afectar bajo ninguna circunstancia el contenido esencial.

[16] Nogueira (2010), p. 15.
[17] Aguiar (1993), p. 25.
[18] Nogueira (2010), p. 129.
[19] Nogueira (2010), p. 116.

Para poder profundizar en este tema es preciso primero señalar qué debe entenderse por este límite y hasta dónde pueden ser afectados los derechos fundamentales por el legislador, para lo cual se requiere analizar lo dicho por la doctrina en cuanto al contenido esencial y, por otra parte, también, lo sostenido por la jurisprudencia en esta materia.

3.1. LA TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL

Respecto del contenido esencial se han desarrollado diversas teorías para explicar lo que comprende y cómo se determina este concepto jurídico. En este sentido haremos alusión a la teoría absoluta y algunos conceptos doctrinarios.

La teoría absoluta del contenido esencial sostiene que el contenido esencial de un derecho es una parte de la totalidad del derecho, identificándolo con un núcleo duro que no podría ser sobrepasado por el legislador, por lo cual, solo cabe al poder legislativo moverse dentro de la periferia del derecho, que es aquella parte del derecho que se encuentra localizada desde el núcleo duro hasta los contornos del derecho. Por lo tanto, el legislador solo estaría facultado para restringir o limitar el derecho, justificadamente, dentro de este espacio.

En este sentido, tomando lo sostenido por algunos autores en la doctrina española, podemos señalar que:

> cada derecho encierra su propio núcleo de esencialidad, que se proyecta sobre cualquier manifestación legislativa que incida en el ámbito de los derechos y no sólo respecto a las regulaciones del ejercicio a que alude el artículo 53.1, que tiene un carácter absoluto, esto es, que en ningún caso puede ser traspasado (operando, consecuentemente, con independencia del límite de proporcionalidad de la limitación), y, finalmente, en consonancia con todo ello, que el contenido esencial de los derechos se levanta como barrera infranqueable que no opera tan sólo en el momento normativo de los derechos, sino que modula también la aplicación concreta de los límites en las intervenciones administrativas de los derechos o en la labor de las jurisdicción ordinaria[20].

Lucas Verdú señala que el contenido y núcleo esencial del derecho "circunscriben el intervencionismo legislativo en los derechos fundamentales porque se trata, respecto a ese núcleo esencial, de un límite absoluto que respete el contenido material del derecho básico, pues de lo contrario tal derecho quedaría vaciado"[21].

Ahora corresponde analizar conceptos doctrinarios respecto del contenido esencial.

[20] Aguiar (1993), p. 26.
[21] Lucas (1985), p. 171.

Para César Hines el contenido esencial de los derechos fundamentales "son el derecho mismo, porque no existen áreas periféricas para acudir en auxilio ante una infracción o limitación ilegítima", continúa señalando que "el contenido esencial del derecho se encuentra en el valor por él representado, con el resultado quizá redundante resaltar un contenido esencial al momento de valorar una regulación o limitación que el poder público le impone"[22].

Para Aguiar de Luque el contenido esencial constituye que:

> Cada derecho encierra su propio núcleo de esencialidad, que se proyecta sobre cualquier manifestación legislativa que incida en el ámbito de los derechos y no sólo respecto a las regulaciones del ejercicio a que alude el artículo 53.1, que tiene un carácter absoluto, esto es, que en ningún caso puede ser traspasado (operando, consecuentemente, con independencia del límite de proporcionalidad de la limitación), y, finalmente, en consonancia con todo ello, que el contenido esencial de los derechos se levanta como barrera infranqueable que no opera tan sólo en el momento normativo de los derechos, sino que modula también la aplicación concreta de los límites en las intervenciones administrativas de los derechos o en la labor de las jurisdicción ordinaria[23].

Castillo- Córdova afirma que "todo derecho fundamental cuenta con un contenido determinable el mismo que vincula al poder público en general y al legislador en particular". Agrega:

> si no existe un determinado contenido de un derecho fundamental que vincule y obligue no solo como una frontera infranqueable, sino a la vez como directrices de actuación al poder público en general y al legislador en particular (y según las circunstancias también los particulares), entonces ocurrirá que ese derecho fundamental solo tendrá vigencia formal pero no material en la realidad[24].

Nogueira Alcalá sostiene que:

> El contenido esencial se identifica con el derecho mismo tal como éste queda delimitado en la Carta Fundamental, el cual hay que inferirlo del sistema coordinado y armonizado del todo constitucional. No hay parámetro objetivo alguno, que permita precisar qué es esencial y qué es periférico en un derecho fundamental. Lo coherente, nos parece, que es identificar el contenido esencial con la delimitación constitucional del derecho mismo.

Continúa diciendo:

> está constituido por el tratamiento que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes, efectúan sobre los derechos en su articulado, sin que los tratados puedan rebajar las garantías del contenido ya establecido constitucionalmente, sino que sólo operando como normativa que enriquece, potencializa y garantiza mejor los derechos, vale decir, aplicando el principio de progresividad e irreversibilidad en materia de derechos complementado con el principio "favor homine" o "favor persona"; la determinación de los límites internos del contenido

[22] Hines (2005), p. 38.
[23] Aguiar (1993), p. 26
[24] Castillo (2002), p. 6.

> esencial de los derechos (que constituyen, como establece su nombre, el límite o frontera que contribuye a especificar el contenido esencial o contenido constitucionalmente determinado), y las limitaciones externas al contenido esencial (regulaciones complementarias que no forman parte del contenido esencial del derecho). Así, el núcleo del derecho está delimitado y constituido por los enunciados normativos constitucionales y de los tratados sobre la materia, que se encuentran ratificados y vigentes, y excluye la tercera, que constituye la regulación legal del ejercicio de los derechos, la que está limitada por el contenido constitucionalmente declarado de los derechos[25].

De las conceptualizaciones anteriores podemos realizar algunos comentarios, primero el contenido esencial de un derecho actúa como una barrera intraspasable para los poderes públicos, que conlleva que bajo ninguna circunstancia pueden llevar a desnaturalizar el derecho. En segundo término, como señalamos en un principio, el contenido esencial constituye una garantía normativa establecida en el artículo 19 Nº 26 de la Constitución, por lo cual, este enunciado normativo limitativo de la injerencia en la limitación de los derechos fundamentales tiene un carácter vinculante pero no tan solo para los órganos del Estado, sino que, para todas las personas, como así lo establece el artículo 6° de la Carta Fundamental. En tercer lugar, no solo constituye el contenido esencial lo establecido por la norma fundamental, sino que también por los tratados internacionales referentes a derechos fundamentales. En cuarto lugar, los conceptos señalados hablan del contenido esencial de derechos fundamentales, por lo cual, es necesario para determinar este concepto acudir a la dignidad humana.

3.2. EL CONTENIDO ESENCIAL EN LA JURISPRUDENCIA

La garantía del contenido esencial se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 26 de la Constitución de 1980, y es menester enunciar que ha dicho el Tribunal Constitucional como intérprete de la Carta Fundamental.

Existen diversos fallos en los cuales el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad para pronunciarse respecto al contenido esencial de los derechos, uno de ellos es la sentencia Rol N° 43, que en su considerando 21° señaló:

> Que mucho podría decirse sobre la esencia de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es nuestra misión. La esencia del Derecho debemos conceptuarle, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide su "libre ejercicio" en aquellos casos en que el

[25] Nogueira (2010), p. 144.

> legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica[26].

Por otro lado, en la sentencia Rol Nº 1182 en su considerando 38° sostuvo:

> que esta Magistratura ha venido sosteniendo, consistentemente, que se afecta la esencia de un derecho cuando "se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible" (sentencia Rol Nº 43), cuando la respectiva limitación llegue a consistir en la "privación" del derecho (Rol Nº 226) y cuando se imponen tributos, requisitos o condiciones que hagan absolutamente ilusorio el ejercicio del mismo (Sentencia Rol Nº 280). Al mismo tiempo, ha entendido que se impide el libre ejercicio de un derecho en aquellos casos en que "el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica[27].

En sentencia Rol Nº 1463, en el considerando 36° señala "que esta Magistratura ha considerado que "un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible"[28].

También en su sentencia, Rol Nº 389, donde se refiere específicamente al núcleo esencial del derecho al respeto de la vida privada de las personas asegurado por nuestro artículo 19 Nº 4, como asimismo, respecto de las comunicaciones privadas (artículo 19 Nº 5), señalando que en su considerando 21°que "el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad ….", agregando en el considerando 22° que "idénticamente claro es para esta magistratura que la ley no puede, sobre la base de la habilitación constitucional recién destacada, afectar en su esencia el contenido sustancial de ese derecho, como tampoco imponerle condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio ni privarlo de la debida tutela jurídica"[29].

Asimismo, en sentencia Rol Nº 943 sostiene que:

> […] frente a las interpretaciones posibles del alcance de la protección de un derecho fundamental, debe desecharse la que admita que el legislador pudo regular sus efectos hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía". "En efecto, el legislador no es libre para regular el alcance de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y asegura a todas las personas. Por el contrario, y como lo dispone el artículo 19, Nº 26, de la misma, debe respetar la esencia del derecho de que se trata como también evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. En este sentido, esta Magistratura ha considerado, precisamente, que un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que es consustancial de

[26] Tribunal Constitucional, sentencia Rol N°43, año 1987.
[27] Tribunal Constitucional, Rol Nº 1182-08-INA, de dieciocho de noviembre de dos mil ocho, considerando 38°.
[28] Tribunal Constitucional, Rol Nº 1463-09-INA. de veintitrés de septiembre de dos mil diez, considerando 36º.
[29] Nogueira (2010), p. 142.

> manera tal que deja de ser reconocible (sentencia Rol Nº 43, de 24 de febrero de 1987, considerando 21°)[30].

Nuestro Tribunal Constitucional toma lo sostenido por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 11/1981, que da dos respuestas para determinar el contenido esencial:

> Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido a un momento histórico determinado en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

y se:

> puede … hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, la dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección[31].

Se desprende de esto que la primera respuesta para determinar el contenido esencial consiste en comparar la concepción abstracta del derecho con la configuración positiva del derecho y la segunda respuesta también implica la comparación del derecho con los intereses relevantes de ser protegidos. Siendo ambas compatibles entre sí. Por lo tanto:

> tanto el haz de facultades que concreta el poder sobre el objeto como el goce, la ganancia o la ventaja en que se materializa la situación de poder contribuyen a determinar la sustancia propia de un derecho subjetivo. Y ambos componentes —que no son más que dos momentos distintos de una misma e inescindible realidad: la situación real de goce y disfrute o conjunto de intereses merecedores de protección y complejo de facultades típicas otorgadas para la efectividad de dicha situación o interés[32].

De lo anterior se puede concluir que el Tribunal Constitucional español y también el nuestro siguen la teoría absoluta del contenido esencial, entendiendo que hay un núcleo infranqueable del derecho, de esta forma para concretar el contenido esencial:

> considera su naturaleza jurídica, determinando el conjunto de facultades de actuación necesarias para hacer reconocible el derecho y sin las cuales deja de pertenecer al tipo descrito; asimismo, puede determinarse buscando los intereses objetivamente protegidos por el ordenamiento jurídico como núcleo o médula del derecho, los que no pueden ser desnaturalizados[33].

[30] Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol Nº 943-07-INA, de 10 de junio de 2008, considerando 29.
[31] Parejo (1981), p. 186 y 187.
[32] Parejo (1981), p. 187.
[33] Nogueira (2010), p. 142.

4. El derecho a migrar a nivel nacional e interamericano

Ahora expondremos lo que ha sostenido la Corte IDH y la CIDH en torno al derecho a migrar. Por ello primero, se examinará algunas precisiones en cuanto a algunos estándares mínimos. A continuación, se hablará de la regulación a nivel nacional del derecho a migrar y lo que ha sostenido el Tribunal Constitucional chileno.

4.1. NIVEL INTERAMERICANO

Como establecimos al principio de este trabajo la migración es un "movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos"[34]. A su vez podemos caracterízalo como un "fenómeno vinculado con el proceso de integración y globalización; que los países de la región son puntos de origen, tránsito y destino de los y las migrantes y que la migración guarda una enorme importancia social y económica en la región"[35]. De lo anterior queda de manifiesto que las personas, en principio, tiene plena libertad de trasladarse de un país a otro, ya sea con o sin el ánimo de residir en él. Dicha libertad, como también se señaló, está regulada por los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, quienes establecen los requisitos para ingresar al país, para obtener permisos de residencia e inclusive las sanciones ante el incumplimiento de dichas normativas, que pueden llevar incluso a la expulsión de los migrantes del Estado.

Lo que trae como consecuencia que la libertad para regular la actividad migratoria debe ajustarse a estándares mínimos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, así lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, indicando que:

> tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han subrayado la necesidad de que se adopten y pongan en práctica políticas migratorias acordes a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. A través de su relatoría, y mediante las resoluciones que se han adoptado en diversos casos individuales, la Comisión ha emitido recomendaciones específicas a los Estados miembros de la OEA con el fin de fomentar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, incluyendo cuestiones relacionadas con la no discriminación, el debido proceso y las salvaguardas procesales básicas, las condiciones de detención en instalaciones para inmigrantes y la obligación de asegurar que las personas en riesgo de persecución no sean devueltas a su país[36].

[34] OIM (2019), p. 38. También Terreros (2020), p. 155.
[35] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 03/08, del año 2008.
[36] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 03/08, del año 2008.

Respecto del derecho a migrar, éste no ha sido reconocido expresamente en los tratados internacionales de derechos humanos, lo que sí se reconoce es el derecho a la libre circulación dentro de un Estado y la posibilidad de salir de un Estado[37].

La realidad chilena en esta materia refleja el aumento de la cantidad de migrantes que ingresan a Chile, respecto de las permanencias definitivas otorgadas estas pasaron de ser 87.751 en el año 2017 a 74.350 en el año 2020, respecto de las visas en el año 2017 fueron concedidas 263.052 en el año 2020 199.583[38]. Al año 2019 hay 1.492.522 de migrantes en Chile y considerando la proyección de población del INE esto equivale a un 7,5% de la población total[39].

En Chile es el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, quien como autoridad administrativa tiene la facultad de otorgar o rechazar los permisos de residencia, función regida por la Ley de Extranjería[40], norma que data del año 1975, que manifiesta la visión proteccionista de la soberanía y seguridad del Estado, esto se desprende del hecho de que esta norma establece que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública es el órgano encargado de establecer las políticas migratorias. Si bien los datos entregados por esta institución reflejan el aumento de los flujos de migrantes que recibe Chile, estos no hacen alusión a los migrantes en situación migratoria irregular, es decir, aquellos que ingresaron a Chile por paso no habilitado, por vencimiento de algún permiso de residencia sin que se haya otorgado otra, por rechazo de su solicitud o revocación por la autoridad administrativa correspondiente. La revocación de una visa se puede deber por el incumplimiento de las normas de admisión al país o por la condena por crimen o simple delito.

Si bien en general la población migrante está en una situación de vulnerabilidad, son los migrantes en situación irregular los que ven sus derechos fundamentales en mayor medida afectados. Lo anterior se debe a las deficiencias de la legislación vigente, donde al migrante no se le trata como un sujeto de derechos, existiendo una evidente distancia entre nuestro ordenamiento interno y los estándares internacionales[41].

Ahora haremos alusión a la Opinión Consultiva OC 18/03 de 2003, a la Opinión Consultiva OC 21/14 de 2014 y a ciertas sentencias de la misma Corte en materia de migración.

---

[37] Jaramillo y Santi (2021), pp. 70 y 71; Araya (2021), pp. 5 y 6; García (2016), p. 118.
[38] Departamento de Extranjería y Migración (2020), Estadísticas migratorias, [Disponible en: https://bit.ly/3EBTfgd]. [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2021].
[39] INE (2019), [Disponible en: https://bit.ly/2Z7tHay]. [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2021].
[40] Decreto Ley Nº 1094, de 1975 y el Reglamento de Extranjería Decreto Supremo Nº 597, de 1984.
[41] Bassa y Mercado (2015), p. 108.

Comenzaremos por la Opinión Consultiva OC 18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. La Corte Interamericana señala que respecto de las políticas migratorias se deben determinar a la luz de los tratados de derechos humanos, estando dentro de estos instrumentos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los principios de *Ius Cogens*, no pudiendo invocar su derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales como lo señala el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados y lo establecido por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Establece lo siguiente en dicha Opinión Consultiva señala que las políticas migratorias deben tener como objetivo respetar los derechos humanos y su ejecución debe llevarse a cabo con pleno respeto y garantía a estos derechos. A su vez, si bien admite la posibilidad que los Estados hagan distinciones en base a la situación migratoria del migrante, estas deben ser objetivas, proporcionales y razonables[42]. Por otra parte, se reconoce la facultad estatal de fijar políticas migratorias relacionadas con el ingreso, permanencia o salida de personas migrantes, siempre que sean conforme con los derechos humanos y su pleno respeto[43].

Destaca, a su vez, el deber de los Estados de adecuar su ordenamiento interno a los tratados internacionales, pero dicha obligación no solo implica un ajuste normativo, sino que también conlleva que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera que sea conforme al derecho internacional[44]. Agrega, el rol preponderante que tiene el principio general de igualdad ante la ley y no discriminación, el cual debe respetarse y garantizarse siempre. Por ello cualquier actuación u omisión que sea contraria a él es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ello las políticas migratorias tienen observar este principio[45].

La Opinión Consultiva OC 21/14 solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay respecto de los derechos y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional. La Corte señaló que los movimientos poblacionales tienen diversas

[42] Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, párr. 168.
[43] Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, párr. 169. También Opinión Consultiva OC 21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 39.
[44] Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, párr. 171.
[45] Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003., párr. 172

causas y características, tales como requerir de una protección internacional o búsqueda de mejores oportunidades por motivos de índole diversa, los cuales pueden transformarse en el propio transcurso del proceso migratorio. Esto comprende una amplia diversidad de las necesidades y condiciones de protección[46].

Reitera que, si bien los Estados poseen cierta discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. Esto conlleva garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, de cumplir con las obligaciones conexas que emanan de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados[47].

La Corte Interamericana se ha pronunciado en ciertos casos contenciosos respecto de la obligación de los Estados de respetar y proteger los derechos humanos de los migrantes al establecer sus políticas migratorias. Si bien esto no impide que el Estado pueda establecer condiciones y requisitos de ingreso como de permanencia en el país, estos no pueden ser establecidos de manera arbitraria ni infringir sus derechos humanos[48]. En cuanto a los derechos que tiene los migrantes ha señalado que no pueden ser objeto de trato discriminatorio y deben ser tratados bajo el principio de igualdad ante la ley, sin tener relevancia su situación migratoria regular o irregular[49].

Es así, que podemos sostener que existe una evolución en esta área debido a "la consideración de las condiciones de vulnerabilidad del migrante como elemento de análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque su desarrollo pareciera estar circunscrito a los casos relativos al derecho a la no discriminación"[50]. La Corte ha establecido obligaciones para los Estados, a través de los casos contenciosos como de las opiniones consultivas, que también han jugado un rol trascendental para establecer que los migrantes son sujetos de derechos y dignos de ser protegidos. No solamente los migrantes en situación migratoria regular, sino que también aquellos que se encuentran en una situación migratoria irregular, quienes se ven expuestos a una mayor vulneración de sus derechos fundamentales[51].

[46] Opinión Consultiva OC 21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 36.
[47] Opinión Consultiva OC 21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 39.
[48] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, 23 de noviembre de 2010.
[49] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, de 28 de agosto de 2014.
[50] Olea (2016), p. 268.
[51] Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2, Migrantes (2015), p. 8.

Finalmente, ha afirmado que las obligaciones de los Estados emanan del derecho convencional internacional, de las normas imperativas del derecho internacional, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, es decir, el corpus iuris. Lo anterior se desprende de que:

> en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, este Tribunal interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución del corpus juris internacional existente en relación con los derechos humanos de los migrantes, tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo[52].

4.2. NIVEL NACIONAL

4.2.1. ASPECTOS NORMATIVOS NACIONALES RESPECTO DEL DERECHO A MIGRAR

En el ámbito nacional el marco regulatorio vigente en materia de migración es el Decreto Ley Nº 1094, de 1975 y su correspondiente reglamento contenido en el Decreto Supremo Nº 597, de 1984. Estas normas establecen los requisitos, condiciones a las cuales se ven sometidos los ciudadanos extranjeros ya sea para ingresar y residir en el territorio nacional como también las sanciones a las cuales se ven expuestos ante el incumplimiento de dicha regulación, las facultades de las autoridades administrativas en los procedimientos migratorios, entre otras. Estas normas establecen como órgano encargado de la regulación, implementación y supervigilancia de estas disposiciones al Ministerio del Interior, siendo el Departamento de Extranjería y Migración el que debe velar por el cumplimiento efectivo de las directrices normativas[53].

De la Ley de Extranjería se desprende que la política migratoria deseada por el Estado chileno consiste en meramente establecer condiciones de ingreso y permanencia al país con miras a proteger la seguridad nacional, ninguna de las disposiciones mencionadas indica que las personas migrantes son sujetos de derechos, por lo cual la regulación del Estado en esta materia no gira en torno a una política migratoria protectora de la persona del migrante.

Estas normas fueron dictadas con anterioridad a la Constitución Política de 1980, por lo cual no existían al momento de ser establecidas como garantías ni el contenido esencial contenido en el artículo 19 Nº 26 ni tampoco la reserva legal, en este sentido

[52] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, 23 de noviembre de 2010. Véase también en Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2, Migrantes (2015), p. 8.
[53] Artículos 91 y 92 del Decreto Ley Nº 1904, de 1975.

> el D.L. Nº 1094 es una norma preconstitucional (de 1975), no responde a la lógica competencial ínsita en el artículo 19 Nº 26 de la Constitución vigente. De esta forma, sin un marco constitucional previo que fijara el ámbito de acción del legislador, el D.L. le entregó amplias facultades a la Administración, que inciden en la configuración del estatuto jurídico del inmigrante, incluso contemplando amplios espacios de discrecionalidad en aspectos tan importantes como visados y permanencia definitiva, donde la razonabilidad de la decisión administrativa no se construye a partir de criterios establecidos en una norma legal[54].

La normativa vigente no solo es preconstitucional, sino que también preconvencional, en el sentido que no tiene un enfoque protector de derechos humanos que sea conforme a las obligaciones que emanan de los tratados internacionales, en especial, el ajustar el ordenamiento jurídico interno según lo establece el art. 2º del Pacto de San José. Esto se ve manifestado, no solo en la visión utilitaria que el extranjero puede tener para el país, sino que el nivel de discrecionalidad e incluso arbitrariedad de que gozan las autoridades administrativas en la aplicación de la norma, que llevan a una vulneración de derechos fundamentales e incumplimiento de dichas obligaciones internacionales. Es una norma que en su articulado no menciona derechos de las personas migrantes ni establece mecanismos jurisdiccionales efectivo de protección de estos[55].

Por otra parta hay que mencionar lo consagrado en la Carta Fundamental, que establece en su artículo 19 Nº 7 en su letra a) el derecho fundamental a la libertad ambulatoria, es decir, la facultad de toda persona de residir en el territorio chileno y de permanecer en él. Este derecho tiene como condiciones el respeto de la ley y no perjudicar a terceros.

De lo anterior queda de manifiesto la deficiencia del tratamiento de la legislación nacional respecto del derecho a migrar y el evidente incumplimiento de las obligaciones internacionales de Chile, al no ajustar su ordenamiento interno a los estándares mínimos requeridos por el derecho internacional de los derechos humanos.

4.2.2. EL DERECHO A MIGRAR Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse respecto de esta materia en una inaplicabilidad por inconstitucionalidad solicitada por un ciudadano haitiano respecto de los artículos 13, 64 N°2 y 67, inciso 2° del Decreto Ley Nº 1094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile[56].

---

[54] Bassa y Mercado (2015), p. 110.
[55] Díaz (2020), p. 324 y 325.
[56] El requerimiento de inaplicabilidad es solicitado por una de las partes, el ciudadano haitiano Daniel Alerte, quien pide que se declaren como inaplicables los artículos 13, 64 Nº 2 y 67 del Decreto Ley Nº 1094, conocida como ley de extranjería. Por lo cual se

El Tribunal solo "se restringirá al examen de la potestad discrecional del Ministerio del Interior para rechazar el otorgamiento de visados a los extranjeros que ingresen al país"[57]. Agrega en su considerando 7°:

> Se trata de una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno. En esta sentencia se expondrá que esta potestad de policía de seguridad del Ministerio del Interior está sujeta a límites materiales que provienen desde la Constitución, el Derecho Internacional y, especialmente, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según se explicará. Estos criterios sustanciales enmarcan la facultad de los Estados para rechazar el ingreso de determinados extranjeros y para no otorgar el visado correspondiente de manera excepcional[58].

En la sentencia reconoce el derecho de emigrar sosteniendo que toda persona tiene el derecho a emigrar y así se desprende del derecho internacional de los derechos humanos, pero que este derecho no supone el deber del Estado de recibirlo[59]. El Tribunal Constitucional reconoce que existe un derecho a migrar y que este fenómeno forma parte de la naturaleza humana pero no es un deber de los Estados consagrar la inmigración como un derecho subjetivo de los extranjeros, quedando a criterio del derecho interno la regulación de la migración, pero debe ajustarse al derecho internacional de los derechos humanos[60]."Lo anterior exige un particular cuidado en el ejercicio de la potestad administrativa y legislativa de cada Estado, con un examen de las limitaciones propias de los derechos fundamentales invocados"[61].

El Tribunal parte del razonamiento de que la Constitución no distingue entre nacionales y extranjeros respeto de la titularidad de la libertad de locomoción, por lo tanto, la libertad ambulatoria establecido en el artículo 19 Nº 7, letra a), que establece el derecho de ingresar y salir del país, es plenamente aplicable tanto a nacionales como extranjeros. Finalmente señala que el "derecho de emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración en Chile, cuyo ejercicio, pero no el derecho mismo, puede ser modulado, regulado y

cumple con lo estipulado en la Constitución y en la Ley Orgánica respecto del legitimado activo para plantear la inaplicabilidad de un precepto legal.
En cuanto a la gestión pendiente, está constituida por un recurso de protección conocido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nº 21751-2012, deducida en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Departamento de Extranjería y Migración, por el cual se solicitó el restablecimiento del imperio del derecho ante una medida de abandono por rechazo de una visa por presentar antecedentes falsos, por ser dicha medida arbitraria.

[57] Tribunal Constitucional, Rol Nº 2273- 2012-INA, de 4 de julio de 2013, C.4.
[58] Tribunal Constitucional, Rol Nº 2273- 2012-INA, de 4 de julio de 2013, C.7.
[59] Tribunal Constitucional, Rol Nº 2273- 2012-INA, de 4 de julio de 2013, C.10, 11 y 41.
[60] Tribunal Constitucional, Rol Nº 2273- 2012-INA, de 4 de julio de 2013, C.11 y 13.
[61] Tribunal Constitucional, Rol Nº 2273- 2012-INA, de 4 de julio de 2013, C.11.

limitado "a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros""[62].

Si bien la sentencia declara la inaplicabilidad de la disposición del artículo 13 del Decreto Ley N° 1094, siendo necesario que se ajuste a los estándares mínimos de los derechos humanos, no nos parece satisfactorio el análisis, en cuanto a las referencias hechas al derecho a migrar, especialmente cuando sostiene que el derecho consagrado en artículo 19 N°7 de la Constitución lo gozan los migrantes que hayan ingresado regularmente al país. En este sentido la situación migratoria no puede ser un requisito previo para el ejercicio de un derecho, debiendo recordar el deber reforzado de los Estados respecto de grupos de personas en situación de vulnerabilidad[63].

Debería haberse referido a los migrantes que se encuentran en una situación irregular que se ven expuestos a una situación de gran vulnerabilidad en sus derechos fundamentales, tomando en consideración que se ven expuestos a la sanción más graves de todas que es la expulsión del territorio, precisamente considerando que al requirente se le rechazó una visa. El Tribunal Constitucional en su razonamiento jurídico al mencionar las obligaciones internacionales de Chile y enumerar los diversos tratados internacionales no los menciona todos,

> no existe conocimiento y difusión acabada de todos los tratados que en este ámbito Chile ha ratificado, el análisis de los derechos fundamentales a la luz de los tratados se hace caso a caso, esta es una materia de histórica discusión. Se constata la ausencia de difusión de estos instrumentos, y esto sí que es un problema serio, si efectivamente los derechos fundamentales deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales[64].

Finalmente, de haber considerado todos los instrumentos internacionales vinculantes para Chile podría haber logrado un análisis más adecuado del derecho a migrar, considerando no tan solo a los extranjeros con una situación migratoria regular, sino que a todos los migrantes.

Por otra parte, es pertinente referirse a la sentencia del 29 de enero de 2021, conociendo de un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones contenidas en el proyecto de ley de Migración y Extranjería, boletín Nº 8.970-06. En este punto destacamos una definición de migración:

[62] Tribunal Constitucional, Rol Nº 2273- 2012-INA, de 4 de julio de 2013, C.35.
[63] En este sentido podemos mencionar la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-535-20, que reconoce el derecho a la seguridad social de una migrante embarazada en situación migratoria irregular, reconociendo que dicha situación no puede significar una discriminación en el ejercicio de derechos fundamentales aplicando estándares internacionales, párr. 101, 110 y 111. A su vez CIDH (2019), principio 16: Protección de migrantes en situación de vulnerabilidad.
[64] Galdámez (2013), pp. 774 y 775.

> consiste en un desplazamiento de un lugar a otro con ánimo de permanencia o asentamiento y comprende la emigración y la inmigración. Se entiende por emigrar abandonar su propio país para establecerse en otro extranjero y por inmigrar, llegar a un país extranjero para radicarse en él, como expresa el texto del Proyecto de Ley en su artículo 2°, el objeto de ella es regular el ingreso, la estadía, residencia y egreso de extranjeros al país, y el ejercicio de derechos y deberes[65].

A su vez, mantiene la interpretación realizada en el año 2013 de que los Estados son absolutamente autónomos en virtud de la soberanía que poseen, para recibir la inmigración conforme el derecho interno lo determine, respetando siempre la protección a los derechos humanos y, teniendo presente que ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad. Reconociendo la íntima relación existente entre el derecho de circulación con la inmigración[66].

5. Alcance del contenido esencial del derecho a migrar

A partir de lo expuesto a lo largo de este trabajo, en cuanto al contenido esencial de los derechos y el derecho a migrar, corresponde ahora que establezcamos lo que debería entenderse por el contenido esencial del derecho a migrar, desde nuestra perspectiva. Es así que para establecer este concepto jurídico utilizaremos lo sostenido por la Carta Fundamenta en su artículo 19 N°7, que consagra el derecho de circulación, junto con el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación del artículo 19 N° 2 y la garantía del artículo 19 N° 26 referente al contenido esencial de los derechos. Lo anterior relacionado con el artículo 5°, inciso segundo de la Constitución, sumando lo consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos.

Estos elementos nos van a permitir establecer un concepto integral del contenido esencial del derecho a migrar, ya que no solo tomaremos en consideración preceptos jurídicos del ordenamiento interno sino que además el derecho internacional de los derechos humanos, que en virtud del artículo 5°, inciso segundo, constituye un límite a la soberanía del Estado debiendo éste respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como por los tratados internacionales ratificados y vigentes. De esta forma es necesario para establecer el contenido esencial considerar lo consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho internacional humanitario, el derecho de los refugiados, las decisiones contenciosas de la Corte

[65] Tribunal Constitucional, Rol Nº 9930-2020, de 29 de enero 2021, C. 7º.
[66] Tribunal Constitucional, Rol Nº 9930-2020, de 29 de enero 2021, C. 8º y 18º.

Interamericana de Derechos Humanos, como también sus opiniones consultivas, que han creado lineamientos en materia de migración.

De lo anterior se desprende que utilizaremos el bloque constitucional de derechos del artículo 5° inciso 2 que es una norma de inclusión, el cual está integrado:

> por derechos asegurados directamente por disposiciones de la Constitución formal y por los atributos y garantías de los derechos asegurados por normas de derecho internacional, los que se asumen como constitución material, ya que constituyen una sola unidad o bloque que obtiene su calidad de "fundamentalidad" de su derivación como atributos de la dignidad de la persona humana, teniendo todos ellos la aptitud y fuerza normativa para irradiar y orientar la totalidad del sistema jurídico nacional[67].

Respecto de las normas convencionales del derecho internacional de los derechos humanos utilizaremos el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que establece la libertad de circular libremente dentro de un territorio como salir de él y que estos derechos no podrán verse restringidos, salvo motivos fundados en virtud de una ley. Además, establece que solo se puede expulsar a un extranjero fundado en alguna circunstancia contemplada por ley y que el extranjero tiene la facultad de contradecir dicha expulsión. Estos derechos los tiene los extranjeros que se hallen legalmente dentro del territorio de un Estado[68].

Por otro lado, el Pacto de San José de Costa Rica establece el derecho de circulación y residencia, la Corte Interamericana ha desarrollado de manera específica los alcances del derecho de circulación y residencia respecto de las personas migrantes, estableciendo el principio de no devolución, el respeto de las garantías mínimas ante un procedimiento de expulsión, respeto del principio de no discriminación, garantía de la libertad personal y seguridad e integridad personal, respeto de las garantías judiciales y respeto y protección del derecho a la vida[69].

En este mismo sentido ha establecido, en sus opiniones consultivas, que las políticas migratorias de los Estados deben ajustar a los derechos humanos de los migrantes[70], esta protección de los derechos humanos de los migrantes debe ser respetados y garantizados por los Estados, y no tan solo a los migrantes que se hallen legalmente en el territorio de un país, sino que también respecto de los migrantes una situación migratoria irregular.

---

[67] Nogueira (2015), p. 313.
[68] Artículo 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966.
[69] Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2, Migrantes (2015), pp. 62 y 63.
[70] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003 y Opinión Consultiva OC 21/14, de 19 de agosto de 2014. También ver Medellín (2019), pp. 409 y 410.

En cuanto a nuestra Carta Fundamental indicamos que el derecho a libertad ambulatoria se encuentra en el artículo 19 N°7, que consagra el derecho a la libertad y seguridad personal, en su letra a) "Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros". A su vez el artículo 19 Nº 2 asegura a todas las personas el derecho a la igualdad ante la ley y no ser objeto de discriminación arbitraria.

Como lo señalamos el Tribunal Constitucional reconoce que existe un derecho a emigrar y que este fenómeno forma parte de la naturaleza humana pero no es un deber de los Estados consagrar la inmigración como un derecho subjetivo de los extranjeros, quedando a criterio del derecho interno la regulación de la migración, pero debe ajustarse al derecho internacional de los derechos humanos[71].

A su vez para poder determinar el contenido esencial es pertinente tomar en consideración la evolución histórica y el contexto social[72] en torno a la movilidad humana, como dijimos la migración es una actividad humana que ha estado presente a lo largo de la historia y los motivos que la causan son de diversa índole y responden a la realidad mundial globalizada e interdependiente. Por lo tanto, deben ser considerados para determinar qué es lo que constituye su esencialidad.

Considerando el principio de igualdad y no discriminación, de protección reforzada, principio *pro homine*, principio de efecto útil y progresividad. El contenido de este derecho se construye en base al derecho de la libre circulación, que no solo se encuentra consagra en diversos instrumentos internacionales, sino que también en nuestra Carta Fundamental. Contempla la variante de emigrar como también la de inmigrar, ya que no es factible concebir la facultad de salir de un Estado sin que se reconozca a su vez la posibilidad de entrar en otro[73].

En nuestra opinión este derecho es la facultad de desplazarse de un Estado de origen a un Estado receptor, respetándose los derechos de igualdad y no discriminación en el estatuto jurídico de los migrantes, tomando en consideración los atributos que emanan de la dignidad humana, implica salir voluntariamente del Estado de origen, manteniendo la facultad inalienable de retornar a él, para trasladarse a un Estado receptor de forma regular y residir en él. El Estado

[71] Tribunal Constitucional, Rol Nº 2273- 2012-INA, de 4 de julio de 2013, C.11 y 13.
[72] Nogueira (2010), p. 137.
[73] Jaramillo y Santi (2021), p. 71.

receptor, debe considerar en el ejercicio de este derecho, las situaciones particulares de las personas y el deber reforzado de protección de sus derechos. La restricción a este derecho nunca podría significar su inefectividad.

Considerando lo sostenido por Araya que ha indicado que el contenido esencial "está conformado por el derecho a emigrar, el derecho al tránsito seguro, el derecho a inmigrar, el derecho a establecerse en el Estado de destino y el derecho a integrarse en la sociedad"[74]. Si bien concordamos en algunos elementos, sostenemos que forman parte del contenido esencial no solo la integración, sino que la inclusión, con respecto a la seguridad esta debe darse en todo el ciclo migratorio.

Es así como el contenido esencial consiste en que el legislador no podrá limitar el derecho a migrar en cuanto esto implique legislación y políticas migratorias discriminatorias, que se le desconozca tanto a los migrantes regulares como irregulares un trato igualitario y no discriminatorio respecto de los órganos del Estado. El legislador no podrá restringir la libertad de circulación si ello implica el desconocimiento de la dignidad humana, es decir, el Estado legislador mantiene la discrecionalidad para regular el estatuto jurídico migratorio pero el objeto y finalidad que debe seguir es el respeto y garantía de los derechos humanos de todos los migrantes.

Esperamos que aplicando de manera sistemática todos los preceptos del ordenamiento interno como del derecho internacional, de la aplicación del principio favor persona y del principio de interpretación evolutiva, es decir, la utilización del corpus iuris interamericano se llegue a una consideración similar a esta propuesta de lo que debe comprender el contenido esencial del derecho a migrar, inviolable para el legislador.

6. Conclusiones

En los últimos años el fenómeno de la migración ha estado en la palestra en nuestro país, donde existe una gran cantidad de flujo de migrantes de diversos sectores de latinoamericana. Existe conciencia de que hay que tomar cartas en el asunto en materia de migración y modificar y adaptarse a la circunstancias sociales y culturales de la actualidad.

[74] Araya (2021), p. 15.

Si bien existe la constatación de que la legislación vigente en Chile respecto de los migrantes no está a la altura para responder este fenómeno, en cuanto al aumento de los flujos migratorios, esta no es la única deficiencia que existe, ya que la norma vigente viola diversos derechos fundamentales, como lo señaló el Tribunal Constitucional. Pero determinar que la legislación no está a la altura de los estándares internacionales, a pesar de la aprobación una nueva legislación.

Lo anterior implica que los migrantes siguen estando expuestos a una situación de vulnerabilidad ante la violación de derechos fundamentales, siendo necesario ofrecer soluciones que impliquen una efectiva protección de sus derechos. Es trascendental reconocer a los migrantes, en la práctica, que son sujetos de derechos y que como personas son dignas de protección.

Nuestra propuesta del contenido esencial del derecho migrar parte de entender la movilidad humana como una facultad que nace de la persona misma, entendiendo que como garantía normativa comprende una limitación al legislador para restringir el derecho, la igualdad y no discriminación en las políticas migratorias, entre otras, siendo la gran limitación para limitar la dignidad humana de la cual emanan los derechos fundamentales que gozan los migrantes. No decimos que el derecho a migrar es absoluto, sino que la restricción de este derecho debe tener como objetivo el respeto y garantía de los derechos humanos, como el de las garantías judiciales, el de libertad e igualdad y el de la no discriminación.

Creemos, por lo tanto, que aún queda bastante camino por recorrer en esta materia y, en definitiva, ver qué es lo dirá la Convención Constitucional y lo que entiende como su contenido esencial.

Bibliografía citada

Aguiar de Luque, Luis (1993): "Los límites de los derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (N° 14), pp. 9-34.

Arcos Ramírez, Federico (2020): "¿Existe un derecho humano a inmigrar? Una crítica del argumento de la continuidad lógica", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (43), pp. 285-312.

Arlettaz, Fernando (2018): "Admisión y expulsión de extranjeros en el derecho argentino", en *Estudios Constitucionales* (Año 16, Nº 1), pp. 281-326.

Araya Madariaga, Víctor (2021): "El derecho a migrar o iusmigrandi como derecho fundamental implícito", en *Revista Justicia & Derecho* (Vol. 4, Nº 1), pp. 1-20.

Bassa Mercado, Jaime y Torres Villarrubia, Fernanda (2015): "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios", en *Estudios Constitucionales* (año 13 N° 2), pp. 103-124.

Buongermini Palumbo, María Mercedes (s/f): "El Estado de Derecho y la Migración como Derecho Fundamental: Correlaciones con el Derecho a la Identidad Cultural de las Sociedades". [Disponible en: https://bit.ly/3EAHKpw]. [Fecha de consulta 11 de mayo 2021].

Castillo-Córdova, Luis (2002): "Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales", en *Revista de Derecho* (3), pp. 25-33.

Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2020): "Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno", en *Estudios Constitucionales* (Vol. 18, Nº 1), pp. 311-354.

Díez-Picazo, Luis María (2008): Sistema de derechos fundamentales (Navarra, Editorial Aranzadi, S.A.).

Galdámez Zelada, Liliana (2013): "Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del tribunal constitucional Rol Nº 2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L. Nº 1094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol Nº 2257-12-INA", en *Estudios Constitucionales* (Año 11, N° 2), pp. 769-782.

Hines, César (2005): "Limitaciones de los derechos fundamentales", en *Revista de Ciencias Jurídicas* (N° 106), pp. 33- 56.

Habermas, Jürgen (2010): "La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (N° 44) pp. 105-121.

Jaramillo Fonnegra, Verónica y Santi Pereyra, Silvana Estefanía (2021): "La reconfiguración del derecho humano a migrar: tensiones entre los principios de igualdad y no discriminación en Argentina y Ecuador", en *Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México (Vol. 15, Nº 47), pp. 63-102.

Lucas Verdú, Pablo (1985): El sentimiento constitucional (Madrid, Editorial Reus S.A.)

Medellín Urquiaga, Ximena (2019): "Principio pro-persona: una revisión crítica desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales* (Año 17, Nº 1), pp. 397-440.

Nogueira Alcalá, Humberto (2010): Derechos fundamentales y garantías constitucionales (Santiago, Editorial Librotecnia), tomo I.

_____ (2015): "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", en *Estudios Constitucionales* (Año 13, N° 2), pp. 301-350.

Olea Rodríguez, Helena (2015-2016): "Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad* (N° 9), pp. 249-272.

Parejo Alfonso, Luciano (1981): "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de a sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981", en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Vol. 1, N° 3), pp. 169.190.

Terreros Calle, Fernando (2020): "Derecho a la protección de los desplazados por factores medioambientales a la luz de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales* (Vol. 18, Nº 2), pp. 151-183.

Normas jurídicas citadas

Convención sobre las Condiciones de Trato a los Extranjeros, 20 de febrero de 1928.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

Decreto Ley Nº 1094, de 19 de junio de 1975.

Decreto supremo Nº 597, de 24 de noviembre de 1984.

Ley Nº 20.507, de 8 de abril de 2011.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, 23 de noviembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, de 28 de agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC 18 /03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de 17 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC 21/14 solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay respecto de los derechos y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Resolución 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno, año 2008.

Tribunal Constitucional: Rol N°43 (1987), sentencia de de 24 de febrero de 1987 (Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional de los partidos políticos).

Tribunal Constitucional: Rol N° 943 (2007), sentencia de 10 de junio de 2008 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Luis Carlos Valdés Correa).

Tribunal Constitucional: Rol N°1182 (2008), sentencia de 18 de noviembre de 2008 (requerimiento de inaplicabilidad de Patricio Enrique Máximo Paredes Rogat y Ernesto Humberto Amaya Mancilla respecto del artículo 4° de la ley N° 19260).

Tribunal Constitucional: Rol N° 1463 (2009), sentencia de 24 de septiembre de 2010 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Gerard Philippe Bordachar Sotomayor y otros).

Tribunal Constitucional: Rol N° 2273 (2012) sentencia de 4 de julio de 2013 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por ciudadano haitiano Daniel Alerte de normas del D.L N° 1094).

Tribunal Constitucional: Rol Nº 9930 (2020) sentencia de 29 de enero de 2021 (Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones contenidas en el proyecto de ley de migración y extranjería, boletín n° 8.970-06).