

Esta investigación tiene como objetivo fundamentar la estructura funcional de la relación entre el Estado y la persona natural extranjera, entendida como una manifestación de la relación Estado-individuo. A través de un análisis histórico, teórico, exegético y comparado, se busca establecer una adecuada juridificación que potencie la tutela y reorientación de las relaciones sociales en torno al reconocimiento y protección de los derechos, deberes y garantías de las personas extranjeras, así como de los intereses económicos, políticos y sociales del Estado. Para ello, se emplean métodos teóricos, histórico, exegético-jurídico y comparado, complementados con técnicas de análisis documental y entrevistas. La investigación se organiza en dos capítulos. El primero aborda los rasgos esenciales y elementos que conforman la relación entre el Estado y la persona natural extranjera, basándose en un análisis doctrinal y comparado. El segundo capítulo examina la juridificación de esta relación como medio para garantizar la adecuada protección de los derechos e intereses mencionados.



Odette



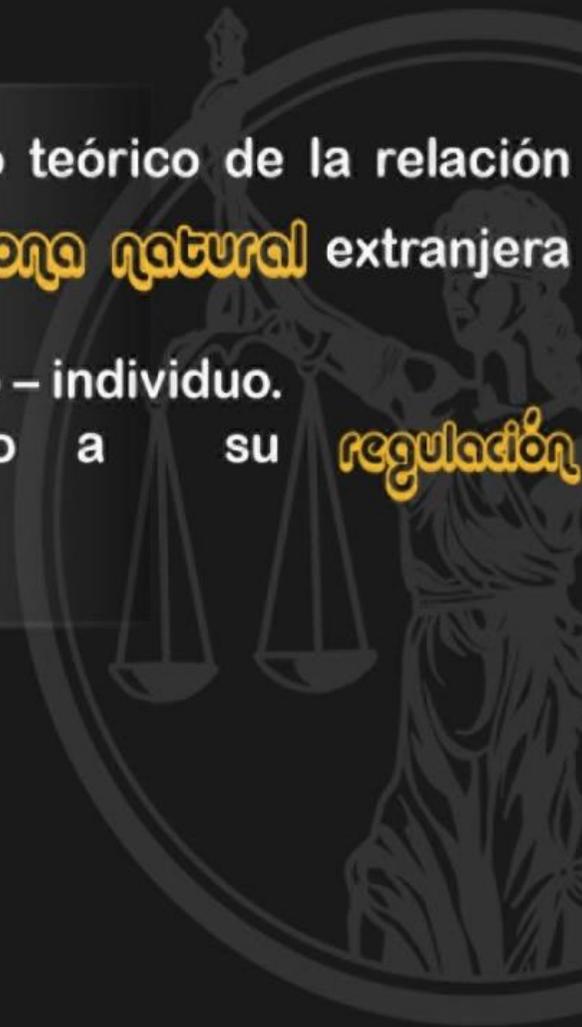
Duniesky



Roberto

Dimensionamiento teórico de la relación Estado -
persona natural extranjera como forma de la relación Estado -
individuo. Un acercamiento a su regulación constitucional

Dimensionamiento teórico de la relación
Estado - persona natural extranjera
como forma de
la relación Estado - individuo.
Un acercamiento a su regulación
constitucional



Odette Martínez Pérez | Duniesky Alfonso Caveda |
Manuel Roberto Tolozano Benites |



Dimensionamiento teórico de la relación Estado – persona natural extranjera como forma de la relación Estado – individuo. Un acercamiento a su regulación constitucional

Diseño: Ing. Erik Marino Santos Pérez.

Traducción: Prof. Dr. C. Ernan Santiesteban Naranjo.

Corrección de estilo: Prof. Dra. C. Leydis Iglesias Triana.

Diagramación: Prof. Dr. C. Ernan Santiesteban Naranjo.

Director de Colección Ciencias sociales: Prof. Dr. Carmen Patricia Tello Aguilar.

Jefe de edición: Prof. Dra. C. Kenia María Velázquez Avila.

Dirección general: Prof. Dr. C. Ernan Santiesteban Naranjo.

© Odette Martínez Pérez

Dunieski Alfonso Caveda

Manuel RobertoTolozano Benites

Sobre la presente edición:

Primera edición

Esta obra ha sido evaluada por pares académicos a doble ciegos

Lectores/Pares académicos/Revisores: 0021 & 0052

Editorial Tecnocientífica Americana

Domicilio legal: calle 613sw 15th, en Amarillo, Texas. **ZIP:** 79104, EEUU

Teléfono: 7867769991

Fecha de publicación: 26 noviembre de 2024

Código BIC: JPVH1

Código EAN: 9780311000777

Código UPC: 978031100077

ISBN: 978-0-3110-0077-7

La Editorial Tecnocientífica Americana se encuentra indizada en, referenciada en o tiene convenios con, entre otras, las siguientes bases de datos:



**Acerca de los autores**

Odette Martínez Pérez, (Cuba- Ecuador). PhD. Ciencias Jurídica, MsC. Derecho Constitucional y Administrativo, Mg. Educación con Mención en entornos digitales, Diplomada en Administración de Justicia y Enseñanza del Derecho. Con experiencia como Juez profesional en mi natal Cuba y profesora de grado y posgrado en la Universidad Bolivariana del Ecuador y con labor investigativa en temáticas sobre Historia, Teoría y Filosofía del Derecho, Lógica y Hermenéutica Jurídica, Ética, Argumentación jurídica, Metodología de la Investigación Jurídica, Derecho Constitucional, Medios Alternativos de Solución de Conflictos, Derecho Civil, Derecho sobre bienes, Litigación y Derecho Internacional Privado.

Duniesky Alfonso Caveda. Licenciado en Derecho. Magister en Ciencias de la Educación. Doctor en Ciencias Pedagógicas. Autor de varios artículos y libros en el ámbito del Derecho y la Educación. Investigador en las áreas de investigación jurídica, Didáctica del Derecho y Derecho internacional.

Manuel Roberto Tolozano Benites, (Ecuador). Rector de la Universidad Bolivariana del Ecuador, Rector del Instituto Superior Universitario Bolivariano de Tecnología, PhD. Ciencias Pedagógicas, Licenciado en Ciencias de la Educación mención Informática Educativa, Analista de Sistemas. Con amplia trayectoria en los análisis de sistemas y en labor educativa. Conferencista multipremiado en eventos nacionales e internacionales. Autor de diversos libros y artículos científicos, indexados en scopus, latindex y scielo.



Contenido

Resumen.....	1
Abstract.....	1
Prólogo.....	3
Capítulo I. La relación jurídica Estado–persona natural extranjera: dimensionamiento teórico.....	14
1.1.1. Antecedentes del surgimiento de las relaciones Estado–persona natural extranjera hasta el siglo XV.....	16
1.1.2. Surgimiento y desarrollo constitucional de la relación Estado–persona natural extranjera desde el siglo XV hasta 1945.....	18
1.1.3. Hacia la consolidación de un nuevo tipo de la relación Estado – individuo desde 1945 hasta la actualidad: la relación Estado–persona natural extranjera.....	23
Capítulo 2. Redimensionamiento de la relación Estado–individuo: la relación Estado– persona natural extranjera....	30
2.1. Perspectiva evolutiva de la teoría de la relación jurídica: una premisa ineludible.....	31
2.2. Escapando a la clásica definición de la relación Estado–individuo: la relación jurídica Estado–persona natural	38
2.3 La relación Estado–persona natural ciudadana. Punto de partida para distinguir las relaciones Estado– persona natural extranjera.....	45
2.4. Hacia una definición de la relación Estado – persona natural extranjera: delimitando la relación Estado – persona natural ciudadana y la relación Estado – persona natural.....	48
Capítulo 3. Hacia una nueva etapa en la constitucionalización de la relación Estado– persona natural extranjera: los presupuestos teóricos como brújula indispensable.....	63
Epílogo.....	78
Referencias.....	82



Resumen

Esta investigación tiene como objetivo fundamentar la estructura funcional de la relación entre el Estado y la persona natural extranjera, entendida como una manifestación de la relación Estado-individuo. A través de un análisis histórico, teórico, exegético y comparado, se busca establecer una adecuada juridificación que potencie la tutela y reorientación de las relaciones sociales en torno al reconocimiento y protección de los derechos, deberes y garantías de las personas extranjeras, así como de los intereses económicos, políticos y sociales del Estado. Para ello, se emplean métodos teóricos, histórico, exegético-jurídico y comparado, complementados con técnicas de análisis documental y entrevistas. La investigación se organiza en dos capítulos. El primero aborda los rasgos esenciales y elementos que conforman la relación entre el Estado y la persona natural extranjera, basándose en un análisis doctrinal y comparado. El segundo capítulo examina la juridificación de esta relación como medio para garantizar la adecuada protección de los derechos e intereses mencionados.

Palabras clave: Estado, persona natural, persona natural extranjera, relación Estado–individuo

Abstract

The purpose of this research is to provide the rationale for the functional structure of the relationship between the State and the foreign natural person, understood as a manifestation of the State-individual relationship. foreigner, understood as a manifestation of the State-individual relationship. A through a historical, theoretical, exegetical and comparative analysis, the aim is to establish a to establish an adequate juridification that enhances the protection and reorientation of social relations around the and reorientation of social relations around the recognition and protection of the rights, duties and rights, duties and guarantees of foreigners, as well as the economic, political and social interests of the State. and the economic, political and social interests of the State. For this purpose, theoretical, historical, exegetical historical, exegetical-legal and comparative methods, complemented with documentary analysis and documentary analysis and interview techniques. The research is organized in two chapters. The first deals with the essential features and elements that make up the relationship between the relationship between the State and the foreign natural person, based on a doctrinal and comparative analysis.



The second chapter examines the juridification of this relationship as a means of guaranteeing the adequate protection of the aforementioned rights and interests.

Keywords: State, natural person, foreign natural person, State-individual relationship, foreign natural person, State-individual relationship foreigner, State-individual relationship



Prólogo

“Necesitamos una nueva visión de la sociedad, (...) una transformación fundamental de nuestros modos de pensar, percibir y valorar”.
Miguel Martínez Migueles

Los patrones migratorios internacionales son forjados en tiempos y espacios específicos, por diversos procesos y actores sociales, que promueven y retroalimentan el fenómeno migratorio internacional, como las instituciones y organizaciones gestoras de la migración, las redes que intervenculan a los migrantes con sus comunidades de origen y las estrategias migratorias individuales, que se articulan ante los procesos que las movilizan¹.

La evolución de los patrones migratorios externos es particularmente sensible a las coyunturas de expansión o retracción económica, a las contingencias de tipo sociopolítico y a su reflejo en la política y regulaciones migratorias. Aunque en determinadas coyunturas prevalece un elemento de compulsión específico, no se instauran como resultado de la influencia de algún único factor-pobreza, desigualdad, bajo nivel de desarrollo económico y humano, conflictos político-militares o desastres naturales, entre otros-, sino que evolucionan como un proceso social sostenido, resultante de condiciones dadas en el contexto global en el que se inserta, en el lugar de origen y de destino de la migración, así como en la dinámica de sus interrelaciones.

Sin embargo, ello no implica que los impactos de la globalización alcancen por igual todos los espacios geográficos donde se produce la migración, ni que circule libre en el sentido de anárquica, espontánea, desregulada o descontrolada. Por el contrario, los conflictos y contradicciones generadas por las asimetrías en el ámbito internacional agudizadas en ese proceso, han impulsado y a la vez convertido los movimientos migratorios a través de los espacios fronterizos en un tema clave de las relaciones internacionales. Como reacción, se erigen nuevas barreras que retan con mucho la concepción de porosidad de las fronteras internacionales y los enfoques que minimizan el papel del Estado-nación en el control o gestión de los flujos migratorios.



Unas de estas barreras, son las que los Estados construyen mediante el trazado de las políticas migratorias y su implementación a través de regulaciones jurídicas, que si bien no detienen los flujos, los categorizan, seleccionan, dosifican y reorientan según sus intereses, estrategias y doctrinas nacionales, contribuyendo de manera sustancial a la modificación de los patrones migratorios: se diseñan políticas y se implementan instrumentos normativos más complejos y selectivos, que concertan las regulaciones de la movilidad internacional con las políticas antimigratorias.

Entre tanto, la influencia de las políticas sobre la evolución de los patrones migratorios internacionales queda limitada en su alcance regulador por la acción de otros factores. Su legitimidad y realismo radica en reconocer que las políticas macroeconómicas nacionales e internacionales, sus efectos sobre el desarrollo de los países y las diferentes posibilidades de sobrevivencia de sus habitantes, tienen la última palabra en la modificación de las migraciones internacionales y constituyen la base para las posibilidades concretas de su gobernabilidad.

En ese sentido, los Estados regulan los movimientos internacionales de población a partir de leyes que implementan las políticas migratorias y de extranjería, las que recrean escenarios desfavorables para los derechos de los inmigrantes y otras categorías de extranjeros y afectan bienes jurídicos imprescindibles para el desarrollo material y espiritual de los no nacionales en las sociedades de acogida.

Es por ello que, los movimientos internacionales de población, especialmente las migraciones, comenzaron a constituir un punto prioritario en las agendas de discusión de diversas instituciones y autoridades, a nivel regional y mundial²; surgiendo normas internacionales que se enfocan en la tutela de los derechos de los migrantes, pero su apertura a interpretaciones, carencia de fuerza³ y la falta de armonización con la legislación interna, las hacen insuficientes para la protección de los derechos de los individuos.

Potenciando el rol de los Estados como ejes articuladores de los objetivos de la comunidad internacional y las sociedades, podrán ajustarse las estrategias macroeconómicas nacionales e internacionales, lo que contribuirá a solventar la dicotomía que existe entre los derechos de



igualdad y libre circulación de los individuos y el principio de soberanía de los Estados en los procesos de ordenación de la migración al interior de los territorios estatales⁴.

Al proyectar la regulación de la migración como encargo para las políticas públicas y comprender la necesidad de la organización sistémica del ordenamiento jurídico de extranjería, esta autora concuerda con los planteamientos que refieren que las problemáticas planteadas por los movimientos internacionales de población son solo lidiables con un derecho constitucional cuyas relaciones garantistas sean capaces de coordinar sus exigencias en la esfera nacional e internacional⁵, creando garantías y un modelo de derechos capaz de combinar aspiraciones universalistas con prácticas multiculturales⁶ y de otorgar coherencia y unidad al ordenamiento jurídico.

Es en el constitucionalismo democrático⁷, puesto al servicio del desarrollo de la persona y del bien común de la sociedad, donde han de ponderarse los límites y alcance de los derechos, deberes y garantías de las personas naturales extranjeras, con relación a otros bienes jurídicos constitucionales fuertemente impactados por la movilidad internacional de la población, partiendo siempre de una interpretación finalista, que ajuste el servicio a la persona humana con el bien común.

Por ello, durante la regulación de los movimientos internacionales de población, debe tenerse como brújula, el equilibrio entre los derechos, deberes y garantías de los individuos y los intereses económicos, políticos y sociales del Estado que responden al interés colectivo. Debe tenerse en cuenta, que el ejercicio de los derechos se concreta en la convivencia societaria, por lo que constituye un asunto de interés individual y a la vez comunitario; los que cada individuo ejerce, tienen como límites el respeto al ejercicio de los derechos de los demás miembros de la sociedad y a los bienes jurídicos colectivos, que establece el texto constitucional en la perspectiva del bien común.

En consecuencia, Carbonell⁸, plantea que los constitucionalistas progresistas no pueden dejar al discurso conservador o de derecha, el tema de la seguridad nacional, es en el espacio de la seguridad pública donde deben reaccionar, estudiar y ponerse en función de la defensa de los derechos; especialmente en el caso de los extranjeros, a los que en ocasiones se imponen límites



cargados de excesos de poder en nombre de la misma. Las constituciones deben asumir su función como límites formales y materiales al poder político y ha de aplicársele la racionalidad de la ponderación, a las barreras que se establecen a los derechos reconocidos y protegidos constitucionalmente, en busca del equilibrio entre las razones de seguridad nacional y los derechos de las personas.

Ciertamente, las nuevas evoluciones de las viejas migraciones, demandan abordajes transdisciplinarios, que no solo propicien un diálogo entre las disciplinas, sino también estrategias metodológicas que permitan la combinación de factores cuantitativos con reflexiones cualitativas, desde una perspectiva que tome en consideración las diferentes circunstancias migratorias y su contextualización, favoreciendo una relación dialógica con el objeto de estudio, que ofrezca aproximaciones transformadoras tanto de la ciencia que lo explica, como de la propia realidad.

Desde ese punto de vista, se pudieran abrir nuevas perspectivas epistemológicas, en las que el conocimiento de los procesos migratorios pasase a ocupar un espacio en la comprensión de sus propias causales, en la construcción y reproducción de significados en el discurso sobre la migración durante la interacción social entre los extranjeros, las sociedades receptoras y emisoras. Permitirían identificar, además, con mayor objetividad, los marcos de orientación estratégica y coherencias entre la situación migratoria y los retos y oportunidades que presenta en las condiciones actuales de desarrollo social.

Teniendo en cuenta que los Estados constituyen actores imprescindibles para articular la legislación de extranjería, la necesidad de regular el reconocimiento y protección de las personas naturales extranjeras, de conciliar las instituciones y categorías de diferentes ramas del quehacer jurídico que se interconectan en la realidad social de la movilidad internacional de la población y de realizar propuestas que no se parcialicen a favor de los intereses de uno de los sujetos de las contradicciones expuestas supra; se devela la relación jurídica como modelo capaz para establecer o definir pautas de solución, al encontrarse organizada a partir de determinados principios como unidad en la norma jurídica, lo que facilita la tutela y reorientación de las relaciones sociales que juridifica⁹ su estructura funcional¹⁰.



Por lo antes descrito, se impone una relectura de las relaciones jurídicas constitucionales¹¹ y de las teorías que abordan los sujetos del Derecho Constitucional, lo que implica reevaluar sus cimientos; al respecto, las corrientes más novedosas del constitucionalismo enarbolan la necesidad de ampliar los sujetos y el contenido de esta rama¹²; criterios a los que se suma esta investigadora, encontrándose nuevas barreras en el orden normativo, teórico e ideológico.

En el orden doctrinal, pueden localizarse como dificultades que retan las tesis anteriores, el hecho de que la relación jurídica escogida para esta investigación no se incluye dentro de los objetos de estudio de las cuatro ramas del derecho que abordan el tratamiento al extranjero¹³, a lo que se suma, la polisemia existente con respecto a la denominación y conceptualización del nexo entre el Estado de acogida y la persona natural extranjera en el ámbito público, además de las escasas referencias teóricas tocantes al contenido de la relación en lo que concierne al Estado como sujeto de la misma¹⁴.

Por su parte, en el orden normativo es palpable la ruptura de la unidad y coherencia en los textos de las constituciones y en los ordenamientos jurídicos de extranjería. Lo descrito responde en gran medida, a las barreras ideológicas que ha impuesto la primigenia concepción de las relaciones constitucionales en los autores de la época liberal que, influidos por una conciencia nacionalista, han jerarquizado y limitado el vínculo a la ciudadanía, restando importancia a la responsabilidad de los Estados en relación con los extranjeros.

En la doctrina jurídica cubana se considera insuficiente el tratamiento a la extranjería y la literatura jurídica existente no escapa a carencias como las sistematizadas anteriormente, la mayor cantidad de trabajos sobre el tema se localizan antes de 1959, entre los que se hallan, comentarios a la legislación, a las sentencias de los tribunales y a la política migratoria de la época¹⁵. Tendencia que continúa después de esta fecha, donde se ha abordado de forma limitada en las publicaciones periódicas revisadas, sólo los libros destinados a la enseñanza del derecho internacional privado, examinan la condición jurídica del extranjero, incluyendo valoraciones a la normativa migratoria y constitucional¹⁶.

La escasa proximidad al tema por parte de los autores, no deberá confundirse con falta de relevancia, en ese sentido, todos los Estados necesitan regular sus nexos con la población que se



encuentra en su territorio, ya que los residentes resultan la unidad de la fuerza productiva fundamental y de consumo de la sociedad y los receptores de la mayoría de los beneficios sociales, mientras la población flotante repercute en la seguridad, la economía y la situación sanitaria de las naciones.

Los aspectos señalados, justifican el estudio de la relación Estado–persona natural extranjera para la doctrina jurídica cubana actual y la propia teoría de las migraciones, que exige una interdisciplinariedad en la investigación y manejo de las mismas; enunciando como problema científico: la inexistencia de concepciones teóricas en el derecho constitucional actual entorno a la estructura funcional de la relación jurídica Estado–persona natural extranjera, como forma de la relación Estado-individuo, propicia la ausencia de fundamentos para su constitucionalización en pos de la adecuada creación y aplicación de normas en materia de extranjería y, con ello, el reconocimiento y protección de los derechos, deberes y garantías de la persona natural extranjera y los intereses económicos, políticos y sociales de los Estados.

Por ello, se pretende corroborar la siguiente hipótesis: La fundamentación de la estructura funcional de la relación Estado–persona natural extranjera como forma de la relación Estado-individuo, servirán de base para determinar los fundamentos para su constitucionalización en pos de la adecuada creación y aplicación de normas en materia de extranjería y con ello el reconocimiento y protección de los derechos, deberes y garantías de la persona natural extranjera y los intereses económicos, políticos y sociales de los Estados.

El objeto de estudio de esta investigación es la relación jurídica Estado–individuo y su campo de acción: la relación jurídica Estado–persona natural extranjera, definidos a partir del siguiente objetivo general: Fundamentar la estructura funcional de la relación Estado–persona natural extranjera como forma de la relación Estado-individuo, a partir de una sistematización histórica, teórica, exegética y comparada que sirva de base para determinar los fundamentos para su constitucionalización en pos de la adecuada creación y aplicación de normas en materia de extranjería y con ello el reconocimiento y protección de los derechos, deberes y garantías de la persona natural extranjera y los intereses económicos, políticos y sociales de los Estados. Para la consecución de los propósitos anteriores se plantean los objetivos específicos que siguen.



Dimensionar los rasgos esenciales y los elementos que integran la estructura funcional de la relación Estado–persona natural extranjera como forma de la relación Estado–individuo, sobre la base de un análisis doctrinal, histórico, exegético-jurídico y comparado que sirva de base para determinar los fundamentos para su constitucionalización en pos de lograr la adecuada creación y aplicación de normas en materia de extranjería y con ello el reconocimiento y protección de los derechos, deberes y garantías de la persona natural extranjera y los intereses económicos, políticos y sociales del Estado.

La investigación contó con las siguientes etapas: selección del objeto, la confección del diseño metodológico, definición del marco teórico, la revisión bibliográfica, trabajo de extracción y recopilación de la información de interés en relación con el tema, el procesamiento de toda la indagación y análisis cualitativo de los datos derivados de las técnicas aplicadas y redacción del informe final. Se concibió la investigación como un proceso dinámico, cambiante y continuo, se llevó a cabo el estudio con el empleo de la metodología cualitativa, por tanto, el enfoque para demostrar la validez de los argumentos y puntos de vistas se justifican con los instrumentos y estrategias acorde a esta opción.

Se utilizaron variedad de fuentes: materiales doctrinales, jurisprudencia, disposiciones jurídicas, publicaciones periódicas, discursos de dirigentes políticos, documentos del Partido Comunista de Cuba e investigaciones en diversas ramas del derecho y otras de corte sociológico, que fueron halladas en diferentes centros y bibliotecas del país. Los métodos generales de las ciencias para las investigaciones teóricas que se utilizaron, según la metodología empleada fueron:

Análisis, Síntesis, Inducción y Deducción: a los efectos de lograr una valoración teórica general sobre la relación jurídica Estado – persona natural extranjera como forma de la relación Estado-individuo, el dimensionamiento de sus rasgos esenciales y elementos estructurales; así como, de las categorías doctrinales e instituciones, consustanciales a su génesis y desarrollo, con énfasis en las transformaciones y manifestaciones históricas, delimitando en ellos los aspectos positivos y negativos, en función de la posible superación y generalización de sus postulados con vista a la posterior creación de fundamentos para su adecuada constitucionalización.



Análisis histórico: en atención al estudio del origen y evolución de la relación Estado – persona natural extranjera como forma de la relación Estado-individuo, en la historia general del derecho y en Cuba, con especial interés en las disquisiciones teóricas que se han suscitado entre los autores, su efectiva normación y puntos de ruptura, significando la repercusión de los factores económicos, políticos, sociales, culturales y de los movimientos de población en su constitucionalización.

Dentro de la metodología propia de las ciencias sociales

Sociológico: específicamente por medio de la aplicación de la técnica de entrevista, que se realizó con el objetivo de conocer a través del testimonio de autoridades, funcionarios o estudiosos del tema; las proyecciones políticas, las principales necesidades y desafíos que comporta la regulación de la relación Estado–persona natural extranjera, como forma de la relación Estado–individuo, en Cuba y para validar los posibles resultados y recomendaciones. Fue realizada en profundidad, individual, enfocada, holística y semiestructurada¹⁷, utilizando en lo fundamental las tácticas de embudo-lanzadera, clarificación de inconsistencia, contraejemplos y resumen de ideas claves, a partir del criterio cualitativo, la muestra escogida fue de forma intencional, opinática y teórica¹⁸, que permitió encontrar y seleccionar a los entrevistados atendiendo no a la cantidad de personas, sino a la calidad de la información que podrían brindar los mismos.

Entre los métodos de las ciencias jurídicas que se han utilizado se encuentran los siguientes.

Derecho comparado: posibilitó el contraste entre las normativas constitucionales de los diferentes países, a partir de la delimitación de las principales analogías, diferencias, tendencias positivas y negativas en la juridificación de la relación Estado–persona natural extranjera, como forma de la relación Estado–individuo, y sus problemas de legística formal, material y lingüística, con el fin de valorar la coherencia y unidad entre las mismas. Para ello se tuvo en cuenta la técnica concretizadora, incurriéndose en dos cortes longitudinales comparativos.

A su tenor, los aspectos a comparar en las constituciones fueron: la existencia de regulación expresa sobre los no nacionales como sujetos de la relación, además de los titulares y contenidos



de las modalidades dedicadas a los principios que norman el tratamiento al extranjero o la inmigración, como la igualdad, soberanía, libre circulación y las vinculadas al contenido de la relación, como los deberes, derechos, garantías y las funciones del Estado; además la formulación y los principios de carácter general vinculados a la aplicación de las normas anteriores.

Los resultados del análisis comparado se presentan en el Capítulo 1, como apoyatura para localizar las características de su regulación actual, potencialidades e insuficiencias y en la caracterización de los rasgos esenciales y estructura funcional de la relación Estado–persona natural extranjera.

Los países fueron seleccionados teniendo en cuenta varios criterios, sus nexos históricos y jurídicos con Cuba, siendo estos España, Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia. La incorporación de la legislación de Portugal estuvo dada por su novedosa forma de reconocer y proteger a los apátridas. Además, Venezuela, Ecuador y Bolivia fueron elegidos porque sus Cartas Magnas son muestra del revolucionario y nuevo constitucionalismo latinoamericano, resultando las más progresistas en torno a la regulación de la extranjería. Por su parte, en el caso de República Dominicana, se valoró además la existencia, de reformas constitucionales recientes.

El anterior se vincula directamente con el método de análisis exegético–jurídico, que permitió identificar las cualidades técnicas y estructurales de las normas constitucionales y leyes de desarrollo de las mismas, cubanas o extranjeras, vigentes o derogadas, relacionadas con la estructura funcional de la relación jurídica Estado–persona natural extranjera, como forma de la relación Estado–individuo, para su juridificación, focalizando las necesidades de reformulación de las regulaciones vigentes en Cuba y así asentar las propuestas de fundamento.

Para el desarrollo de la investigación se pusieron en práctica técnicas de investigación delimitadas en la revisión de documentos (informes, discursos, artículos periodísticos, leyes, sentencias, actas parlamentarias y trabajos científicos).



La investigación se estructuró a partir de la metodología de la triangulación¹⁹, incorporando los siguientes tipos.

Triangulación teórica: que permitió la utilización de perspectivas múltiples para analizar lo concerniente a la relación Estado–persona natural extranjera.

Triangulación metodológica: cohesionó diferentes métodos para la solución del problema trazado.

Los resultados de la investigación se organizan en dos capítulos, en el primero, “La relación jurídica Estado–persona natural extranjera: dimensionamiento teórico”, se desarrolla en tres epígrafes. En el primer eje temático se trataron los diferentes momentos históricos de la génesis y desarrollo de la relación jurídica objeto de estudio, destacándose los hitos y puntos de ruptura con el fin de sistematizar sus regularidades socio–históricas; estas últimas, previo ajuste a un modelo teórico preexistente en la doctrina jurídica, posibilitaron en la segunda unidad de contenido, dimensionar los rasgos esenciales y elementos que integran la estructura funcional de la relación Estado–persona natural y distinguir las principales distinciones entre la relación de ciudadanía y la que constituye objeto de nuestro estudio; para en el tercero, dimensionar la estructura funcional de la relación Estado persona natural extranjera.

La investigación finaliza con un cuerpo de conclusiones y la formulación de recomendaciones; obteniendo como principales resultados los siguientes.

Sistematización de la evolución histórica de la relación Estado–persona natural extranjera como forma de la relación Estado–Individuo.

Dimensionamiento de los rasgos esenciales y los elementos que integran la estructura funcional de la relación Estado–persona natural extranjera en un análisis doctrinal, histórico y comparado.

Valoración de la regulación constitucional de la relación Estado–persona natural extranjera desde 1492 hasta la actualidad.



Recomendaciones que pudieran ser tenidas en cuenta para perfeccionar la regulación constitucional y legal.

Una obra científica con material bibliográfico actualizado sobre la constitucionalización de la relación Estado-persona natural extranjera, contentiva de un estudio doctrinal, comparado, histórico y exegético sobre el tema. Sea este trabajo una contribución con sugerencias plausibles para la protección y reconocimiento de los extranjeros en las constituciones de los Estados nacionales, a partir de la siguiente premisa: El proceso migratorio es histórico, ético y constante. Hay que asumirlo con valor²⁰.



Capítulo I. La relación jurídica Estado–persona natural extranjera: dimensionamiento teórico

“(…) no hay fronteras entre disciplinas, (…). Hay que facilitar en lugar de obstaculizar el tránsito, el flujo entre las distintas disciplinas. Hay que fomentar el cultivo de las interdisciplinas”
Mario Bunge

El presente capítulo se dedica a dimensionar los rasgos esenciales y los elementos que integran la estructura funcional de la relación Estado–persona natural extranjera como forma de la relación Estado–individuo, sobre la base de un análisis doctrinal, histórico, exegético-jurídico y comparado que sirva de base para determinar los fundamentos para su constitucionalización en pos de lograr la adecuada creación y aplicación de normas en materia de extranjería y con ello el reconocimiento y protección de los derechos, deberes y garantías de la persona natural extranjera y los intereses económicos, políticos y sociales del Estado.

Su contenido se estructura en tres epígrafes, los que se distinguen por su heterogeneidad y al inicio de los cuales se explicará la metódica con que contribuirán al objetivo trazado para el capítulo. En el primero de ellos se expondrán los fundamentos históricos de la existencia y desarrollo de la relación jurídica Estado–persona natural extranjera para arribar a las regularidades históricas que la caracterizan, permitiendo en un segundo eje temático, ajustar las anteriores a un modelo escogido para establecer los rasgos esenciales y los elementos que integran la estructura funcional de la relación jurídica Estado–ciudadano y a partir de su comparación, en la tercera y última unidad de contenido, se dimensione la estructura funcional de la relación jurídica Estado –persona natural extranjera.



1.1.- Hitos que fundamentan el origen y desarrollo de un nuevo tipo de relación Estado – individuo en la historia constitucional: la relación Estado - persona natural extranjera.

En función del propósito planteado, se dedica este primer título a determinar las regularidades históricas que originaron y caracterizaron la relación Estado-persona natural extranjera, desde la antigüedad hasta la actualidad; justificado por las escasas referencias doctrinales del tema. A lo anterior se une como fundamento, el hecho de que el objeto de estudio posee una perspectiva histórica en su definición, que obliga al investigador a escudriñar en sus características como proceso histórico, para luego dimensionar en el ámbito teórico–jurídico, los rasgos esenciales y los elementos estructurales. Por ello, a continuación, se destacan hechos de carácter político, jurídico y social, ordenados cronológicamente a partir de sus conexiones y contribuciones con la génesis y transformación de la relación Estado–persona natural extranjera; se presta especial atención a los acontecimientos relacionados con los movimientos de población y con la comunidad internacional, por sus indisolubles vínculos y determinantes aportes al modelo teórico que se investiga en el presente trabajo.

Atendiendo a los resultados de los estudios exploratorios, se decidió estructurar el análisis histórico, teniendo en cuenta los tres momentos más importantes para el desarrollo de la relación Estado–persona natural extranjera, haciendo énfasis en acontecimientos que distinguen hitos en el desarrollo de la misma: en el primer período, se registran los antecedentes de la relación Estado – persona natural extranjera, que abarca dos ciclos, uno extendido desde el siglo XI hasta la caída del Imperio Romano de Occidente, donde se examinarán las organizaciones políticas²¹, esclavistas clásicas de Grecia y Roma²² y una segunda fase, que comienza a partir del hecho registrado como límite anterior, hasta mediados del siglo XV con la conquista y colonización de América, en la cual se analizarán las comunidades políticas del feudalismo clásico europeo en Francia y España, escogidas éstas por sus vínculos posteriores con América y Cuba.

El segundo período comienza en el mismo siglo XV, caracterizado por el surgimiento y consolidación de la relación jurídica Estado–persona natural extranjera, a partir de la formación de los Estados nacionales y los cambios en la Comunidad Internacional, centrándose el análisis en España y Francia; etapa que culmina en el año 1945 con la creación de las Naciones Unidas, lo que resultó una transformación positiva para la tutela jurídica del individuo por el Derecho



Internacional y marcó el comienzo de un tercer momento o etapa de examen, que se desarrolló hasta la actualidad, en el cual surgen condiciones económicas, sociales, políticas y jurídicas del entorno internacional y de los propios Estados que invitan a replantearse la necesidad de nuevas fórmulas para la constitucionalización de la relación Estado–persona natural extranjera.

1.1.1. Antecedentes del surgimiento de las relaciones Estado–persona natural extranjera hasta el siglo XV

Entre las organizaciones políticas esclavistas de Grecia y Roma y las personas naturales que se encontraban en sus territorios, existió un vínculo de sujeción²³, la ciudadanía se fundó en el parentesco, las etnias y la religión; el culto religioso aportó al Derecho y consecuentemente a los actos realizados a su amparo, las formalidades y el simbolismo que los caracterizó, trasladándose la discriminación religiosa al plano jurídico, al prohibirse la participación de extranjeros²⁴ en las solemnidades jurídicas que tenían este carácter, lo que consecuentemente privó de no pocos derechos a los foráneos²⁵.

En Grecia el trato al extranjero comenzó a relacionarse con intereses económicos y políticos. Hasta las disposiciones legales más avanzadas marcaron diferencias notorias entre aquellos y los ciudadanos²⁶, y a pesar de algunos progresos que pudieran advertirse en las leyes atenienses con respecto a las espartanas, la legislación griega sobre el *status* del extranjero fue superada por la romana²⁷; la que inscribió las bases del progreso para el otorgamiento de los derechos a los extranjeros con el *Ius Gentium* o Derecho de Gentes, al reconocer derechos civiles a los foráneos e igualarlos a los romanos progresivamente²⁸, es por ello que TRIGO SÁNCHEZ²⁹ afirmó que en Roma se ubicó la génesis del principio de igualdad de trato.

Los beneficios al *status* de los extranjeros por el Derecho de Gentes estuvieron conectados a la evolución de la igualdad en el pensamiento filosófico, fundamentalmente en la época imperial; en este sentido, el *Ius Gentium* derivado del cosmopolitismo profesado por los estoicos³⁰, propuso vincular diferentes pueblos y derechos a partir del Derecho natural, sin necesidad de su aceptación como igual por el Derecho positivo, distinguiéndose en Roma las concepciones sobre el *Ius Naturale* de ULPIANO, quien entiende, que la ley natural hace iguales a los hombres³¹.



En virtud de los elementos examinados *a priori*, se determinó que con el Derecho de Gentes se inició la protección al extranjero a través de regulaciones de Derecho público por medio de un funcionario estatal, el *pretor perigrinus*. Hasta ese momento las leyes romanas y las de otras organizaciones políticas de la antigüedad habían reservado la protección y representación de los extranjeros a los particulares, a través, de instituciones del Derecho privado como las tablas de la hospitalidad del pueblo hebreo, los tratados en Grecia y los contratos o tratados como el *hospitium* o *sponcio* en la propia Roma³². Por tales motivos, puede afirmarse que es con el Derecho de Gentes que se convierte el reconocimiento y protección de los *perigrinis* en un asunto de interés del Estado, en virtud de su notoriedad para la economía y las relaciones interestatales.

Posteriormente, en un largo proceso de transformación económica, política y social surgen las comunidades políticas del feudalismo clásico europeo de Francia y España; pero a diferencia de las esclavistas, en las feudales, el *status* del extranjero no dependió del traslado a otras colectividades, sino de la pérdida definitiva de la relación feudo vasallática de nacimiento, que representó el elemento de identidad a partir del que prevalecieron los vínculos personales sobre los territoriales³³. En estas comunidades, los extranjeros se denominaron *aubanos* y se les aplicó el Derecho de *aubana*, que instituyó la disminución de la capacidad jurídica de los primeros con respecto a la de los súbditos³⁴.

Entre el siglo XII y el XV, se registraron múltiples e interconexos fenómenos sociales, que implicaron la transformación y decadencia de las clásicas organizaciones políticas feudales³⁵ y se iniciaron avances con respecto al tratamiento de las personas naturales extranjeras, a partir de la promulgación de leyes que les autorizaron a realizar actividades, en principio permitidas sólo a los ciudadanos, como el matrimonio, la contratación y la práctica de las religiones; también surgió la teoría sobre el estatuto personal³⁶, que se convirtió en fuente esencial de protección para los *aubanos*.

A pesar de la inexistencia de la relación Estado–persona natural extranjera en esta etapa, surgieron instituciones y principios que han trascendido, es el caso, de la igualdad de trato y el estatuto personal, con su ulterior significado para la teoría de los derechos adquiridos; a pesar de



ello, la época feudal se considera un ciclo de retroceso con relación al desarrollo alcanzado por la organización política romana, en materia de reconocimiento y protección del extranjero.

1.1.2. Surgimiento y desarrollo constitucional de la relación Estado–persona natural extranjera desde el siglo XV hasta 1945

Durante la primera mitad del siglo XV, se consolida jurídicamente el respeto al estatuto personal y la tendencia de equiparar extranjeros y súbditos en determinados derechos; en este marco, se incrementaron las relaciones comerciales y políticas entre Estados, los descubrimientos científicos relativos a la transportación marítima y la necesidad de recuperar las decadentes economías feudales de los reinos europeos, lo que influyó en las empresas de conquistas y colonización de América, provocando el traslado de gran cantidad de hombres hacia las tierras conquistadas, la unión de los océanos en una red de transporte única, el comienzo y permanencia de los flujos internacionales de personas y la incorporación de la población a un solo sistema migratorio³⁷.

Paralelo a estos acontecimientos, ocurrió el proceso de descomposición de las sociedades medievales y de formación de los *burgos*. Los reyes centralizaron radicalmente los poderes como expresión de soberanía, surgiendo en Europa Occidental el Estado–nación³⁸, que suscitó un cambio en el contexto político y produjo un arraigo de la identidad cultural, lingüística, territorial y política de los diferentes grupos humanos, forjándose la nacionalidad como identificación de un grupo en un territorio y bajo un poder político centralizado, lo que radicalizó en la conciencia social, las diferencias entre extranjeros y nacionales, a partir de esquemas culturales, territoriales, políticos y étnicos.

Con el fortalecimiento de los Estados nacionales, se transita de las anteriores formas de organizaciones políticas descentralizadas y territorialmente imprecisas a un Estado configurado a partir de la interrelación con sus elementos característicos (soberanía, territorio, población)³⁹; lo que generó nuevos retos desde el punto de vista político, jurídico y filosófico, que antecedieron a la formación del Derecho moderno europeo, donde se reconoció la personalidad jurídica a todos los individuos.



Ambas cuestiones incidieron *a posteriori* en la génesis de la relación jurídica objeto de estudio, porque a partir de las nuevas concepciones sobre los elementos del Estado, el nexo entre este y los individuos (súbditos y extranjeros), dejó de ser un vínculo de sujeción absoluta para convertirse en una relación entre sujetos de derechos, y el Estado comenzó a ejercer su poder soberano de forma limitada sobre la población que se encontraba en su territorio. A lo anterior contribuyó el reconocimiento de la personalidad jurídica de todos los hombres en el Derecho Moderno, teniendo en cuenta que una relación es jurídica y existe, a partir de la paridad entre sus sujetos⁴⁰.

En esta coyuntura, comenzaron a enarbolarse las teorías sobre la libre circulación por la Escuela Escolástica Española, cuyos principales exponentes fueron GROCIO, VITORIA Y SUÁREZ⁴¹, que hicieron énfasis en el carácter universal de la condición del hombre y su derecho a trasladarse. Especialmente SUÁREZ⁴² se destacó por aproximarse a la contradicción existente entre la soberanía de los Estados y la circulación de los individuos entre fronteras, sobre las que filósofos como VATTEL y BOULLENOIS⁴³, también desarrollaron sus postulados y sostuvieron como premisas, que los Estados tenían la facultad soberana para ejercer control sobre los foráneos en sus territorios y que la soberanía sólo podía ser limitada por los principios del estatuto personal.

Todos estos acontecimientos se cristalizaron como el primigenio carácter jurídico de la relación Estado–persona natural extranjera durante los siglos XVI, XVII y XVIII⁴⁴. En estos lustros, los tratados se convirtieron en fuente cardinal de protección para los foráneos y aunque su objeto no era el trato a los mismos, sino empresas como la navegación, la paz y el comercio, incluyeron en sus textos el tratamiento que los Estados le otorgarían a los extranjeros involucrados en estas actividades, ampliando la influencia del Derecho Internacional sobre la relación Estado – persona natural extranjera⁴⁵.

Estos cambios sucedieron a la par de la Revolución política, económica y social que en el siglo XVIII, específicamente 1789, originó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁴⁶, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 27 de agosto de ese año; en este instrumento jurídico se comenzaron a esbozar los derechos de los individuos⁴⁷ como libertades públicas⁴⁸, o sea, especies de poderes que les permitían a las personas participar en la vida social; asimismo, en su artículo 16 se establecieron las garantías y sólo se hicieron exclusivos de los



franceses los derechos políticos; de su lectura se colige un nuevo enfoque de la relación entre el Estado y los individuos, como vínculo recíproco generador de derechos y obligaciones, desterrando la visión de sumisión personal y obediencia pasiva, existente en épocas anteriores.

Los avances registrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se reforzaron a la postre, en hechos como: el Decreto del 6 de agosto, de 1790, dictado por la Asamblea Constituyente francesa que abolió el excluyente Derecho de *Aubana*⁴⁹ y fortaleció la nueva idea de los derechos con respecto a las personas naturales extranjeras; la promulgación de la Constitución francesa de 1791⁵⁰, que equiparó los extranjeros a los ciudadanos en derechos civiles y que según MIRKINE OUÉTZERICH⁵¹ fue la primera Carta Magna que planteó la cuestión del *status* del extranjero y afianzó el carácter jurídico constitucional de la relación Estado – persona natural extranjera, inclinación que se trasladó hasta los artículos 4 y 120 de la Ley Fundamental francesa de 1793⁵², donde se estableció el *status* del extranjero, equiparándolo en derechos civiles a los ciudadanos y como novedad se instituyó el derecho de asilo.

Este devenir histórico finaliza con notorios avances para la protección constitucional del foráneo. Si bien el naciente constitucionalismo burgués representó una ruptura positiva en el reconocimiento y protección al extranjero con respecto a las sociedades esclavistas y feudales, en el mismo se mantuvieron los rezagos ideológicos de las civilizaciones anteriores con relación al no nacional, los que se acentuaron con las nociones que asociaron la igualdad a la ciudadanía⁵³; en resumen, “el trato a los extranjeros en el Derecho burgués se manifestó similar al derecho tribal”⁵⁴.

Vale precisar que las opiniones precedentes en nada disminuyen la trascendencia que tuvieron los hechos acaecidos para la relación jurídica Estado – persona natural extranjera, entre los siglos XV y XVIII, donde se ubica su surgimiento y los primeros momentos de su desarrollo, señalando especialmente la Constitución de 1791, sin embargo, en las postrimerías del último de los lustros reseñados y durante el siglo XIX, esta relación jurídica varió sus rasgos esenciales, a partir del influjo del Derecho Internacional y la necesidad de atemperarse a los cambios que acontecieron en los movimientos internacionales de población⁵⁵, donde se produjo la precarización de las condiciones de vida para algunas categorías de extranjeros.



Estas cuestiones se reflejaron en el debate filosófico de la época, que tomó como eje para su análisis el principio de igualdad⁵⁶, convirtiéndolo en el sustento ético para la materialización de la dignidad humana de todos los hombres, incluido el extranjero, destacándose pensadores como KANT, que desarrolló la teoría universalista⁵⁷ sobre los derechos y asoció la igualdad a la libertad de todas las personas, marcando como sus únicos límites los derechos y la libertad del resto de los individuos en la sociedad⁵⁸.

A finales de esta centuria, los Estados iniciaron políticas que resultaron fuentes para la discriminación y transgresión de los derechos de los extranjeros en espacios laborales, culturales, religiosos y económicos, a través de la manipulación o deficiente uso de los marcos administrativos utilizados para el control migratorio, los cuales se inician para la migración moderna con el primer Estatuto sobre Inmigración General aprobado por el Congreso de Estados Unidos en 1882, la desfavorable situación de algunas categorías de extranjeros, se agravó por las diferencias sociales y explotación laboral de los obreros en todas las ciudades, e incluso, en aquellas beneficiadas por la Revolución Industrial y el carácter de metrópolis.

En este contexto, se desarrolló la concepción marxista⁵⁹, que vinculó la igualdad de derechos al cese de la explotación del hombre por el hombre y revirtió el significado del principio de igualdad. Del mismo modo, en eventos internacionales se impulsaron propuestas que favorecieron la protección de los foráneos, a partir de la firma de instrumentos jurídicos⁶⁰ y la ejecución de instituciones como la responsabilidad internacional⁶¹ y la protección diplomática⁶², que funcionaron de forma directa o indirecta, restaurativa o preventivamente, ante las violaciones de los derechos de las personas naturales por parte de los Estados. Junto a ello se consagraron principios que sirvieron de asidero a los textos constitucionales para establecer los sistemas de extranjería⁶³, entre los que se incluyeron el de igualdad de trato⁶⁴, que trascendió por imperativo de acuerdos internacionales y fue asumido por numerosos países, que abandonaron sistemas tradicionalmente constitucionalizados, como los de equiparación y reciprocidad.

En este escenario, avanzado el primer cuarto del siglo XX, en el marco de la Sociedad de Naciones⁶⁵, se realizaron pronunciamientos que instaron a los poderes constituyentes a refrendar en las Cartas Magnas el respeto a los extranjeros y se planteó el repudio diplomático para aquellos Estados, cuyas Constituciones habían consignado como principio, la no responsabilidad



por el irrespeto a los derechos de los no nacionales⁶⁶; suceso que en nuestra opinión confirma el efecto de la responsabilidad internacional con respecto a la relación Estado – persona natural extranjera.

Con posterioridad a los pronunciamientos realizados en la Sociedad de Naciones, resultaron de suma importancia para el debate internacional referente a la protección del extranjero: la Conferencia Económica Internacional de 1927⁶⁷; la firma del Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante⁶⁸ de 1928; la Convención sobre la Condición de los Extranjeros del mismo año⁶⁹ y la Declaración del Instituto de Derecho Internacional hecha en *New York*, el 12 de junio de 1929, en favor de reconocer la igualdad de derechos en los hombres, bajo la fórmula de la no discriminación⁷⁰, como nueva dimensión de la igualdad. Los referidos textos internacionales constituyeron un pilar importante para la protección de las personas naturales extranjeras, especialmente en América, donde durante estos años se hizo notable el flujo migratorio⁷¹.

En este período, resaltan las siguientes características: el inicio y consolidación de la regulación constitucional del *status* del extranjero y por tanto, de la relación Estado – persona natural extranjera; el surgimiento de instituciones como la responsabilidad internacional y la protección diplomática, que influyeron en el contenido de la citada relación; quedaron declarados los principios que han determinado su origen y evolución, entre los que se encuentran la igualdad, soberanía y libre circulación; fueron expuestas las disquisiciones Derecho internacional - Derecho interno y migración – derechos, en los procesos de movilidad internacional de la población, como expresión de la dicotomía soberanía estatal *vs.* libre circulación e igualdad de los individuos.

El fuerte movimiento internacional, que incluyó en su núcleo la protección del ser humano y el equilibrio entre naciones, reconoció los fines que condujeron a la constitución de la Organización de Naciones Unidas, en 1945, con la Carta de San Francisco⁷², donde se declaró la igualdad de derechos de todos los hombres y se expusieron los postulados que en lo sucesivo servirían de base para la protección internacional de los derechos humanos y al actual sistema de garantías internacionales, por ello con su fundación se enmarca el inicio de una nueva etapa de estudio.



1.1.3. Hacia la consolidación de un nuevo tipo de la relación Estado – individuo desde 1945 hasta la actualidad: la relación Estado-persona natural extranjera

Con la nueva visión que la Organización de Naciones Unidas imprimiera a las relaciones internacionales y al Derecho Internacional, la lucha en favor de los derechos humanos se consolida y adquiere fundamento ético en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 217-A-III del 10 de diciembre de este año. Para esta investigación reviste especial significado, a partir del reconocimiento expreso que se le realizó en el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para las Migraciones Internacionales⁷³, como fuente principal de inspiración para el marco legal y normativo en la protección del no nacional y como referente en la configuración del contenido del *standard* mínimo de derechos⁷⁴.

Merece mención especial, la forma en que se incluye el postulado de no discriminación en el artículo 2 de su texto, el cual rebasó la frontera de la igualdad ciudadana y condensó el significado y la perspectiva internacional de la igualdad humana en su visión universal; a lo que se agrega el alcance positivo que en su artículo 13 posee la formulación del principio de libre circulación, que configuró su contenido esencial en tres derechos: entrar, permanecer y salir, razón por la cual se erige en la expresión jurídica del fenómeno migratorio, delimitando desde la perspectiva del Derecho el movimiento internacional de los extranjeros, en tres fases o momentos: de entrada, estancia o permanencia y salida, en cada una de ellas el *status* del extranjero y la relación jurídica objeto de estudio poseen determinadas características que se examinarán *a posteriori*⁷⁵.

En realidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos marcó la madurez de las concepciones éticas e *ius* filosóficas de la Comunidad Jurídica Internacional, respecto a los derechos, la igualdad y la dignidad humana y no sólo consolidó la tutela del ser humano a escala mundial, sino impulsó una labor doctrinal, normativa y jurisprudencial en este ámbito e implicó el fortalecimiento de las teorías sobre la subjetividad internacional de las personas naturales⁷⁶.

Desde 1950 hasta la década del 90 del pasado siglo, se tornó difícil la gobernabilidad de la movilidad internacional de la población, a pesar de la existencia de la protección constitucional



al *status* del extranjero, lo que fue provocado en gran medida por la complejidad de los desplazamientos internacionales entre fronteras, la inorganicidad entre las políticas internacionales con respecto a la de los Estados y la carencia de fuerza y manipulaciones del Derecho internacional.

Por consiguiente, se constituyeron organismos internacionales para atender el fenómeno de la migración, desde la perspectiva conceptual - jurídica y humanitaria y se comenzó a prestar atención reforzada a grupos vulnerables en los procesos migratorios, como los apátridas y refugiados. Lo anterior se demuestra con la firma en esta década de las Convenciones sobre el estatuto de refugiados de 1951 y el estatuto de los apátridas de 1954⁷⁷. Desde entonces la labor de la Comunidad Internacional, continuó con otros instrumentos jurídicos internacionales⁷⁸ y el fortalecimiento de mecanismos como el estatuto personal⁷⁹, la protección diplomática y consular⁸⁰, la responsabilidad internacional y el afianzamiento de los sistemas de protección de los derechos a escala universal y regional⁸¹.

En la década de 1990, a partir de la ruptura del equilibrio geopolítico en las relaciones internacionales, el desarrollo tecnológico y de las comunicaciones, el incremento de los conflictos bélicos, el recrudecimiento de la crisis del modelo de Estado Social de Derecho, la expansión neoliberal y la redistribución inequitativa de la riqueza en gran escala, se incrementaron los procesos de movilidad internacional de la población y se gestaron condiciones diferentes en estos⁸². Al respecto, SOROLLA FERNÁNDEZ enuncia entre las principales características de la migración actual: la diversificación de la dirección de los flujos, el aumento de la migración temporal e irregular⁸³, la circularidad migratoria, la feminización del fenómeno migratorio, la migración juvenil y la niñez migrante no acompañada; los desplazamientos se convirtieron en trata y tráfico y se comenzaron a manejar como cuestión de seguridad nacional, lo que produjo la militarización y externalización de las fronteras; crecen los flujos mixtos a las diferentes naciones y con ellos los refugiados y asilados, sin desdeñar que los procesos de integración regional se hacen acompañar del libre tránsito de personas, bienes y servicios, matizando cierta liberalidad en la circulación; las sociedades de destinos han resultado menos solidarias y más xenófobas y alientan la criminalización de la imagen del inmigrante⁸⁴.



Los Estados erigen nuevos mecanismos para defender la porosidad de las fronteras internacionales, para ello implementan políticas migratorias y de extranjería⁸⁵ que legan a las sociedades altas dosis de discriminación hacia los inmigrantes y otras categorías de extranjeros. Por otro lado, las carencias normativas en los ordenamientos jurídicos de extranjería, contribuyen al quebrantamiento del reconocimiento y protección de los no nacionales, lo que se constató en los resultados del estudio comparado y en la consulta de trabajos bibliográficos relativos al tema. Entre las principales insuficiencias registradas en las Constituciones se encuentran las siguientes.

- En algunos textos constitucionales como Guatemala, Perú y Uruguay, no se regula expresamente el *status* del extranjero en el contenido de la norma, en su lugar se determina, en virtud del carácter territorial de las Cartas Magnas, a partir de la existencia de titulares generales⁸⁶ en los preceptos donde constan los derechos, deberes y garantías; lo cual dificulta su sistematización y reduce la posibilidad de activar las funciones constitucionales, ante posibles violaciones de los derechos que cometan los órganos del Estado, los particulares o las derivadas del contenido de las leyes de inferior rango.
- En los textos constitucionales no se reconocen a los apátridas.
- La asistematicidad⁸⁷ de la norma constitucional es palpable en la falta de uniformidad de los contenidos de las cláusulas de extranjería y en la ausencia de principios que resulten *numerus clausus* para limitar los derechos constitucionales de los extranjeros⁸⁸, sólo algunas Leyes Fundamentales como la de Ecuador, expone postulados que resultan guía para el uso de la potestad otorgada a los órganos del Estado en la restricción de los derechos de los extranjeros⁸⁹.
- En las Cartas Magnas examinadas, se hacen extensivas a los extranjeros, las garantías constitucionales a partir de titulares generales en los artículos correspondientes, toda vez que, en los preceptos contenidos en las cláusulas de extranjería, con excepción de Colombia, sólo se hacen extensibles a los foráneos, los derechos y deberes, sin hacer mención expresa a las garantías⁹⁰.
- Existe desregulación constitucional con respecto a los derechos optativos constitucionalizados.



➤ No siempre se codifican otros derechos potenciados por la Comunidad Internacional que responden a los actuales desafíos en materia de extranjería, entre los que se incluyen el de la identidad⁹¹ y los relativos a la reagrupación familiar⁹². En la Constitución de Ecuador se han incluido como principios y en la legislación de extranjería española, como derechos de rango legal⁹³.

Las principales carencias en la regulación de la relación Estado – persona natural extranjera en los países analizados son las siguientes: la fragmentaria y asistemática ordenación jurídica de las relaciones con elementos extranacionales en los ordenamientos jurídicos internos; la correspondiente ruptura de la unidad y coherencia entre las fuentes del Derecho que reglamentan fenómenos asociados a la migración en los ordenamientos jurídicos nacionales y el incremento de la contradicción entre Derecho Internacional y Derecho interno con respecto al tema migratorio.

No obstante, se señalan experiencias positivas en la formulación constitucional, de la relación Estado – persona natural extranjera, especialmente en las Cartas Magnas del nuevo constitucionalismo latinoamericano⁹⁴, sistematizándose las siguientes:

- En países como España, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Bolivia y Portugal, sus normas constitucionales incorporan en su contenido la relación Estado – persona natural extranjera en capítulos o artículos independientes, donde se establecen o agrupan los principios generales que acoge el Estado para el tratamiento a los extranjeros y otras reglas que devienen en sus limitaciones, los que se complementan con los artículos que regulan los derechos, deberes y garantías⁹⁵.
- La Constitución de Portugal del 25 de abril de 1976, en novedosa fórmula, equipara en su tratamiento a extranjeros, apátridas y nacionales⁹⁶.
- En el texto constitucional de República Dominicana, se establecen principios contenidos en normativas internacionales, relacionados con la expulsión, el asilo y la protección diplomática⁹⁷.
- Las Constituciones de Bolivia, Ecuador, España y Venezuela, se destacan por el otorgamiento a los extranjeros residentes permanentes el derecho al voto en las elecciones locales⁹⁸.



➤ Merecen especial referencia las Leyes Fundamentales de Bolivia, Ecuador y Venezuela, donde:

-Se ha ampliado considerablemente el contenido de los catálogos de derechos y garantías, a partir de la universalización de sus titulares, se han potenciado las acciones afirmativas, los derechos sociales y se ha incluido la disposición de progresividad; a diferencia del constitucionalismo clásico, no sólo se amparan determinados bienes jurídicos⁹⁹ en todas las personas; sino, se identifican grupos vulnerables y se refuerza la protección de los sujetos que se encuentran en situaciones desventajosas¹⁰⁰.

- Los deberes son concebidos para los nacionales, pero se extienden a los extranjeros a partir de la igualdad de trato, asumiendo una dimensión distinta al incrementarse con respecto a los tradicionales, desarrollando verdaderos códigos cívicos¹⁰¹. En este sentido, por ejemplo, en Ecuador se denominan “responsabilidades” y se concreta un deber de especial interés para la extranjería, que consiste en “promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales¹⁰², aunque se refiere también a los pueblos originarios.

- Se usan fórmulas que logran conciliar la aplicación del Derecho Internacional con el Derecho interno, lo que se deduce de los requisitos para la recepción de los tratados y las normas relativas al Derecho Internacional, especialmente, a la protección de los derechos humanos¹⁰³.

- Se establece constitucionalmente la competencia de los órganos del Estado sobre la migración¹⁰⁴.

- Se han constitucionalizado los tres principios que con carácter histórico inciden en la relación, como la soberanía, la igualdad en todas sus dimensiones y la libre circulación como derecho-principio. En estas Cartas Magnas los principios clásicos adoptan nuevas fórmulas y coexisten con otros¹⁰⁵.

- En Bolivia se permite el ingreso de extranjeros a sus Fuerzas Armadas lo que se colige de la lectura de su artículo 247. 1, donde se expresa: “Ninguna extranjera, ni ningún extranjero ejercerá mando ni empleo o cargo administrativo en las Fuerzas Armadas sin previa autorización del Capitán General”.



- La Constitución ecuatoriana, como precursora de una nueva forma de regulación de la relación Estado–persona natural extranjera, establece las novedades siguientes: asume el principio de ciudadanía universal; el “progresivo fin de la condición de extranjero”; incluye como categoría sospechosa de discriminación, además del origen, la condición migratoria; considera el estatuto de refugiado y el asilo como derecho humano; acoge el principio de no devolución; prohíbe las expulsiones colectivas; declara al Estado y a los órganos del gobierno responsables de la política migratoria e instituye la obligación de brindar asistencia humanitaria a las víctimas de la trata y el tráfico, de respetar la reunificación familiar y de informar inmediatamente al consulado correspondiente sobre la detención de un extranjero¹⁰⁶.

El estudio comparado de la regulación constitucional de la relación Estado – persona natural extranjera, demostró que es asistemática, porque luego de afirmar un derecho, una libertad o un deber, se matizan o concretan adjetivaciones o explicaciones contradictorias, que dificultan su propia interpretación. También hay asistematicidad en la inadecuación de contenidos de un título con el nombre de este, o cuando se enuncian de una manera genérica derechos, deberes y luego en la misma norma se excluyen algunos o se dejan fuera de este título otros derechos o sujetos y al hacer explícita una formulación ambigua, por la oscuridad en sus preceptos o la falta de unicidad en el lenguaje. Por lo que se hace necesario sistematizar su constitucionalización, considerando la afectación que produce la movilidad humana a intereses trascendentes para el bienestar general; en este sentido, el criterio de protección ya no está exactamente asociado al bien jurídico *per se*, sino a la tutela de grupos cuyos derechos han sido vulnerados, a pesar de su tradicional defensa constitucional e internacional, por eso, se enfoca con doble criterio, por el sujeto y el bien jurídico.

En tal sentido, se refuerzan los mecanismos protectores que abrigan los textos de las Constituciones, para evitar por medio de sus funciones políticas y jurídicas¹⁰⁷, que los compromisos contraídos en el pacto constituyente no queden en la mera orientación o como abanicos de posibilidades¹⁰⁸. Con tal propósito se precisa potenciar el carácter axiológico y material de las normas constitucionales, el reconocimiento de la supremacía constitucional, la prevalencia de la ponderación para la interpretación constitucional y su flexibilidad en normas



abiertas, la constitucionalización de las garantías, el desarrollo y multiplicación de la dogmática constitucional y el protagonismo del poder público en la materialización de los derechos¹⁰⁹.

Ciertamente, la inclusión de la relación Estado–persona natural extranjera en los contenidos constitucionales, resulta una exigencia social e histórica, avalada en el criterio de tratadistas que exponen que aquellos no son *numerus clausus* y se han pronunciado por ampliar los sujetos del Derecho Constitucional para atemperarlo a la realidad social, a partir de la existencia de las sociedades multiculturales y de un nuevo sujeto histórico de la transformación social, dentro del que se considera a “todos los grupos afectados en la vida cotidiana”¹¹⁰; solucionando algunas de las problemáticas planteadas, como el equilibrio entre los contenidos de las normas internacionales e internas, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico de extranjería en el contexto de la movilidad internacional de la población, lo que repercutirá en la confianza del sujeto hacia las instituciones jurídicas y políticas, denotará el interés del titular de la soberanía en el reconocimiento y protección de los derechos y en la defensa de los contenidos constitucionales como expresión de los intereses socioeconómicos y políticos prevaletes¹¹¹.

Como colofón, la relación Estado- persona natural extranjera, posee las siguientes regularidades históricas desde su surgimiento hasta la actualidad:

- Tiene un carácter histórico, que se manifiesta en un proceso que comenzó con el surgimiento de los Estados nacionales y los nuevos matices del principio de personalidad jurídica en el Derecho moderno europeo, consolidándose en la Constitución francesa de 1791 y con el arraigo de determinados principios e instituciones de la Comunidad Internacional que fungieron como catalizadores de las obligaciones de los Estados con respecto a los individuos.
- Han estado condicionadas por la tipología de los Estados, la religión, la cultura, la economía y las relaciones internacionales.
- En el contexto histórico, desde el punto de vista jurídico y social, influyeron en la relación, principios como: la igualdad, que históricamente ha definido la posición de los hombres frente al poder estatal; la libre circulación como principio – derecho, que fundamenta el tránsito entre naciones y el postulado de soberanía, como la posibilidad de los Estados de realizar actos de poder sobre los extranjeros.



➤ En el proceso de afirmación de la relación objeto de estudio, los estándares de protección internacional han sido cada vez más exigentes con los Estados¹¹² y se ha comenzado a vincular la materia de extranjería a la doctrina de los derechos humanos, sus normas pueden presentar limitaciones sustantivas a las funciones de las organizaciones políticas superiores; asimismo, existen mecanismos e instituciones, regulados en el Derecho Internacional que coadyuvan a la tutela de la persona natural extranjera, como la protección diplomática, la consular, la responsabilidad de los Estados, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y el estatuto personal.

Por último, el contexto actual de los Estados y la Comunidad Internacional propician un escenario desfavorable para los migrantes, a lo que puede añadirse, las excluyentes políticas migratorias o de extranjería; no obstante, la experiencia latinoamericana demuestra la importancia de constitucionalizar la relación Estado–persona natural extranjera y la necesidad de hallar sus particularidades teóricas como punto de partida para el perfeccionamiento de su regulación constitucional, a lo que se dedica el próximo epígrafe.

Capítulo 2. Redimensionamiento de la relación Estado–individuo: la relación Estado–persona natural extranjera

Las particularidades socio históricas que han distinguido la relación Estado–persona natural extranjera y su importancia, quedaron explicadas en el epígrafe anterior, constatándose la necesidad de reorientarlas para equilibrar la defensa de intereses sociales y la protección de los derechos de los individuos en el contexto de la movilidad humana entre fronteras¹¹³. Para la satisfacción de esos objetivos se hace necesaria su adecuada incardinación constitucional, por lo que resulta un paso previo e ineludible, fijar teóricamente los elementos que integran la estructura funcional de la relación objeto de estudio, sus rasgos esenciales y su definición.

Hacia este fin se encauza el presente eje temático, donde se partirá del examen de los principales modelos que han explicado “la relación jurídica” y se seleccionará uno, para adecuarlo a las características históricas de la relación Estado – persona natural extranjera sistematizadas en el epígrafe anterior, lo que permitirá establecer sus rasgos esenciales y elementos estructurales.



2.1. Perspectiva evolutiva de la teoría de la relación jurídica: una premisa ineludible

La categoría relación jurídica, es una de las más tratadas por las diferentes corrientes filosóficas que han abordado el fenómeno jurídico y su análisis se vinculó a la teoría de los derechos subjetivos, su concepto fue introducido por SAVIGNY¹¹⁴ en el siglo XIX, como respuesta a las nociones de los enciclopedistas e ilustrados que sostenían que el ordenamiento jurídico era una constelación de derechos subjetivos incondicionados, ilimitados y estáticos. El primero denominó su concepción “teoría clásica o intersubjetiva” y señaló como relación jurídica: “la que se establecía de persona a persona, determinada por una regla jurídica”¹¹⁵.

En opinión de SAVIGNY, la relación jurídica surgió a partir de la necesidad que tenía el Derecho de impedir que las vinculaciones o relaciones intersubjetivas, se convirtieran en “obstáculos” que entorpecieran el desarrollo de la vida social, para ello se necesitaba que el ordenamiento jurídico limitara la actuación de los sujetos en interrelación, definiendo “espacios” fuera de los cuales no pudieran obrar con entera y absoluta libertad; los que se componían de una relación jurídica conformada por dos elementos: uno “material”, constituido por el entramado social o económico que se producía en la realidad; y otro “formal”, compuesto por el “halo” jurídico que revestía al primer elemento¹¹⁶.

La crítica más importante a la teoría de este autor, compartida por esta investigadora, resalta como valoraciones negativas, su carácter individualista y la confusión entre la relación jurídica propiamente dicha y el derecho subjetivo, y como su aporte, el reconocer en ésta su esencia social e intersubjetiva¹¹⁷; por esto último, ha trascendido hasta la actualidad en el trabajo de disímiles tratadistas que la han ampliado¹¹⁸, entre los que se distingue DEL VECCHIO, quien acentuó la importancia que poseía la bilateralidad de la norma para la relación jurídica, al comprenderla como un nexo de varios derechos subjetivos, donde se entrelazan deber y derecho, reconociendo su carácter social y el vínculo bilateral derecho – deber entre los sujetos correspondientes¹¹⁹.

Luego que la teoría clásica fuera dada a conocer por SAVIGNY, fue elaborada la de la interconexión por VON TUHR y LEHMAN¹²⁰. Para este último, la relación jurídica no era sino aquella vinculación de la vida social que el Derecho consideraba “relevante” y que por este



motivo, devenía en objeto de regulación positiva; mientras VON TUHR explicó que el Derecho objetivo regulaba las relaciones humanas y asignaba a cada individuo una esfera de poder en la que su voluntad era determinante y para que esta esfera pudiese existir, era necesario que el Derecho impusiese deberes tendentes a su protección. En su opinión las relaciones jurídicas no resultaron entidades normativas abstractamente creadas, sino se refirió a ellas como relaciones “humanas” que el ordenamiento encontraba formadas y a las cuales únicamente les daba cierto efecto jurídico, agregando que se podían establecer entre personas y lugares; entre personas y cosas. Sin embargo, merecen una mirada más atenta, los autores que defendieron con posterioridad a las enunciadas, la teoría normativa de la relación jurídica, tales como CICALA, BARBERO, KELSEN, NAWIASKY y otros tratadistas.

Según CICALA¹²¹, a partir de la elaboración de las teorías anteriores, la relación jurídica constituía un vínculo entre el individuo, el mundo exterior (conformado por los sujetos y las cosas) y el derecho subjetivo, el pilar sobre el cual se sostenía dicha relación, desde este punto de vista, se le hacía imposible explicar la conexión existente entre un sujeto de derechos y los derechos subjetivos de los cuales era titular. Consideró que la única forma de superar el obstáculo presentado era entender la relación jurídica como un vínculo gnoseológico entre el sujeto de los derechos y el creador de los derechos subjetivos que les correspondían a aquél, por lo que la definió como la vinculación existente entre cada uno de los individuos y el ordenamiento jurídico, al margen de las relaciones que aquéllos establecían entre sí, criterio que no ha sido compartido *a posteriori* por otros estudiosos y por esta investigadora¹²².

En este sentido, NAWIASKY explicó que las normas de derecho objetivo dirigían a los sujetos hacia determinado comportamiento externo bajo sanción “coactiva” y en consecuencia, la relación jurídica vinculaba al sujeto gravado con el deber y al Estado, como autor de la norma¹²³; en nuestra opinión, su visión superó al anterior, pero sólo por retomar la concepción de la misma como vínculo entre sujetos; no obstante, su teoría, las de CICALA y BARBERO, e incluso las de VON TUHR y LEHMAN, representaron a nuestro juicio, un retroceso con respecto a la premisa clásica.

A la postre, KELSEN consideró la relación jurídica entre dos hechos, uno consiste en determinada conducta humana estatuida en forma de deber jurídico y otro como facultad, o sea, la relación no



era lo enlazado, sino el enlace mismo y solamente podía hablarse de relación jurídica, cuando en el contexto del derecho objetivo, se divisaba, no una relación entre sujetos, sino más bien una relación entre “hechos” (supuesto y consecuencia) prevista por alguna norma jurídica¹²⁴. Finalmente, puede apuntarse que la teoría normativa de la relación jurídica, trasciende por reconocer el carácter normativo de la misma y la bilateralidad de la norma como expresión del vínculo, a partir de la relatividad existente entre el tipo legal y la consecuencia jurídica de la propia norma.

Asimismo, SANTIAGO NINO¹²⁵ siguiendo la idea de KELSEN, explicó que la relación jurídica puede ser descrita poniendo el acento en la situación del beneficiario del deber jurídico, en vez de centrarse en la situación del sujeto obligado, usando la expresión "deber" y condiciona su presencia a la representación de la misma en la hipótesis o supuesto de hecho de una norma jurídica, la que indicará una correlatividad al producirse consecuencias jurídicas entre derecho y deber. A diferencia de otros tratadistas que se abordarán *a posteriori*, éste incluye la norma como uno de sus elementos, opinión que no comparte esta autora, al distinguir la norma como un requisito *sine qua non* para que haya relación jurídica y no un elemento de su estructura funcional.

Al producirse la primera “crisis” de la teoría de la relación jurídica¹²⁶, se realizó un intento por redefinir su estructura desde la tesis de la homogeneidad, creada por BAGOLINI¹²⁷, quien explicó que aquella no podía vincular dos elementos heterogéneos como eran, el deber jurídico y el derecho subjetivo; únicamente los derechos subjetivos “inversamente” colocados podían ser parte de una relación jurídica, porque los deberes jurídicos a ellos vinculados eran simples mecanismos. A nuestro juicio, esta tesis posee carencias en la lógica normativa porque, si bien es acertado señalar la reciprocidad del vínculo, este autor estableció criterios erróneos, en lo que respecta a las instituciones entre las que se establecía el mismo, al exponer que se comportaban de manera recíproca, derechos con derechos y no derechos frente a deberes.

Otro intento de reformular el concepto de relación jurídica lo constituyó la teoría de la complejidad, cuyo creador fue LÓPEZ DE ZAVALÍA¹²⁸, quien retomó la concepción de la correlación derecho – deber y señaló que la relación jurídica no era sino, un conjunto de conexiones unificadas, un vínculo entre un individuo y un ente exterior a él, considerando como



fin, el primero y el segundo como medio; la relación que vinculaba a un individuo con otros y con cosas, estaba conformada por dos lados, el interno y el externo.

El lado interno difería según se tratara de relaciones personales o reales, las primeras, estaban constituidas por un vínculo jurídico, entre un sujeto activo que tenía un derecho y el sujeto pasivo que tenía un deber, además de otros dos enlaces, el del débito (*Schuld*) y el de la responsabilidad (*Haftung*); en las relaciones reales estaba compuesto por una conexión entre un sujeto y una cosa, aparte del de la responsabilidad. En cuanto al lado externo, éste se mantenía siempre constante, tenía una configuración unívoca y estaba conformado por un conjunto de conexiones que enlazaban al sujeto activo de los vínculos internos, con una pluralidad indeterminada de sujetos, que estaban sometidos al deber jurídico general de no transgredir los vínculos internos de toda relación jurídica¹²⁹. El lado externo constituía una consecuencia lógica y necesaria del lado interno, ya que el ordenamiento no podía instaurar determinado enlace - interno- y, a la vez, autorizar a todos a respetarlo.

La teoría de ZAVALÍA representó una ruptura positiva en los estudios sobre la relación jurídica, por su factibilidad para explicarlas, como expresión de las complejas relaciones sociales que se desarrollan al amparo de las diferentes ramas del Derecho entre dos sujetos y terceros. Partiendo de este paradigma desarrolló su teoría HOHFELD¹³⁰, la que fue corregida posteriormente por ALF ROSS, el primero, a partir de la lógica deóntica¹³¹, describe la relación jurídica como conjunto de conexiones, que se desarrollan en cuatro parejas de conceptos básicos, correlativos y opuestos, entre los que se encuentran en la parte interna o de los derechos subjetivos: la pretensión, la potestad, la inmunidad y el privilegio; al mismo tiempo, la parte externa se integra por el deber, la sujeción, la incompetencia y el no derecho¹³².

En esta línea de pensamiento, ROBERT ALEXY¹³³ explica los derechos subjetivos a partir de un modelo de tres grados y en uno de ellos describe los mismos como relaciones jurídicas; en igual sentido, LUIGI FERRAJOLI, desde su Teoría axiomatizada del Derecho¹³⁴, retoma elementos doctrinales de HOHFELD y KELSEN y siguiendo los parámetros de la relación deóntica¹³⁵, también construye la categoría de relaciones jurídicas conectando las modalidades y las expectativas¹³⁶, conceptualizándola como la relación que ocurre entre situaciones jurídicas activas, como los poderes y los deberes y situaciones jurídicas pasivas, como los derechos subjetivos y las



responsabilidades”; pero a diferencia de ALEXY, concibe la relación deóntica como predicados diádicos y no triádicos¹³⁷.

Para FERRAJOLI, la relación jurídica se encuentra refrendada en una norma jurídica, donde las modalidades (poderes y deberes) que tienen sus titulares, forman la parte activa e interna de la misma, a estas modalidades se oponen las expectativas (derechos subjetivos y responsabilidades), que constituyen el lado externo y pasivo de la relación; el sujeto (o titular) de la relación jurídica es el individuo al que son adscribibles (o imputables) modalidades y expectativas; en todos los casos, las relaciones tienen carácter universal (*omnium*) y/o absoluto (*erga omnes*), funcionando como sustento de todas las formas -jurídicas y extrajurídicas- de solidaridad¹³⁸ y como garantías en sí¹³⁹.

A la luz de esta teoría pueden definirse como elementos de las relaciones jurídicas: los sujetos, que son las personas jurídicas o físicas, que constituyen los titulares de las normas que regulan las modalidades y las expectativas y el vínculo jurídico, que debe establecerse entre las situaciones activas (modalidades) y las situaciones pasivas (expectativas), de forma coordinada y correlativa. Se entiende como modalidades, los comportamientos que en forma de poderes gozan los titulares (deberes y derechos subjetivos, como poderes), mientras que las expectativas son los comportamientos que en correspondencia con esas modalidades poseen los mismos sujetos o terceros, en forma de derechos subjetivos y responsabilidades, esta última, entendida como sanción.

Conforme a lo expuesto, el filósofo entendió como poderes, aquellas modalidades de derechos subjetivos¹⁴⁰ reconocidos por el ordenamiento jurídico y estructurados de manera unitaria, que les permiten a las personas adoptar una serie de posibilidades de obrar, presentándose como conjunto de facultades o potestades agrupadas de forma armónica. Por otra parte, son deberes, las modalidades que existen ante un derecho e implican la responsabilidad como expectativa y posibilidad de sanción¹⁴¹; téngase en cuenta que, en la teoría de FERRAJOLI, los derechos subjetivos entendidos como expectativas, o sea, facultades y potestades, se diferencian de los que también son comprendidos como modalidades en forma de poderes.



Definidos *a priori* los elementos de la relación jurídica, es preciso describir los vínculos en el contenido de su estructura funcional, haciendo énfasis en su lado interno, *v. gr.*: a los poderes de un sujeto A, le corresponden los deberes de un sujeto B (en el esquema de posiciones, los derechos se colocan horizontalmente a los deberes, nada obsta, que conjuntamente con B estos deberes obliguen a terceros, constituyéndose en un sujeto colectivo), estos poderes de A poseen una garantía para su disfrute en la responsabilidad de B, que como posibilidad de sanción gravita sobre los titulares del deber, (en el esquema de posiciones, la responsabilidad se coloca verticalmente a los deberes y en diagonal a los poderes); a su vez, los derechos subjetivos de A, son la posibilidad de acción que tiene A como titular de los poderes para resguardarlos frente a B, con el fin de garantizar los primeros (en el esquema de posiciones, los derechos subjetivos se colocan de forma vertical con respecto a los derechos y diagonal con los deberes); al encontrarse en una relación dinámica y recíproca, el vínculo puede describirse en sentido contrario (véase el anexo II, figura número uno).

En la teoría de FERRAJOLI esta autora distingue algunas falencias; el filósofo no tiene en cuenta que las relaciones entre el Estado y el individuo están matizadas por el poder del primero, al reconocer la plena igualdad de los sujetos que intervienen en la misma; igualmente, niega la directa aplicabilidad de la Constitución¹⁴², al circunscribir las normas constitucionales a las expectativas y desconocer su posibilidad para constituirse en modalidades; tampoco debió asimilar teóricamente poderes y derechos subjetivos, sobre estas definiciones no hay consenso científico y los autores tratados poseen nociones distintas y por último, constituye un agnosticismo del mismo, suponer que los sentimientos de obligatoriedad con los que cada sujeto, advierte las obligaciones y prohibiciones correspondientes a las expectativas de otros, se encuentran vinculados con el sentimiento recíproco de confianza en la satisfacción de las propias expectativas por parte de los demás.

A pesar de la crítica, nada demerita la forma en que este autor explica el vínculo relacional entre sujetos, útil ante la existencia de relaciones sociales complejas, donde el ordenamiento jurídico y en especial, leyes como la Constitución, establecen no sólo efectos para las relaciones que juridifican, sino crean obligaciones en una misma relación con respecto a terceros, explicando cómo opera el carácter *erga omnes* de los derechos; lo que se colige porque si bien el autor no



reconoce los predicados como triádicos, a la manera de ALEXY, tampoco caracteriza los sujetos, más bien los describe como universales y el vínculo *per se*, se concibe a partir de comportamientos, donde los titulares se establecen en función de los mismos, sin detallar sus características, lo que permite además explicar las conexiones en cualquier rama del Derecho; asimismo, la manera en que se representan en su teoría los impregna de garantismo.

Ciertamente, en los modelos presentados se ha colocado a la relación jurídica como concepto clave dentro de teoría del Derecho; desde su amplio abordaje se sistematizarán sus características¹⁴³, mientras la estructura funcional se explicará a partir de la teoría de FERRAJOLI¹⁴⁴, por las razones aludidas anteriormente; distinguiéndose como generalidades de la relación jurídica las siguientes:

- Su carácter social;
- se encuentra regulada como una unidad en la hipótesis de la norma jurídica, cuya consecuencia es una sanción o el nacimiento, modificación o extinción de derechos, deberes y garantías;
- la hipótesis de la norma que la describe se compone de un hecho o conjunto de hechos, cuya realización se asocia con una determinada consecuencia jurídica, condición *sine qua non* para que exista; este hecho condicionante, puede ser de la naturaleza o los llamados estados, situaciones o calidades¹⁴⁵;
- la naturaleza de la relación jurídica puede ser declarativa o constitutiva¹⁴⁶;
- su concepción como unidad en la norma, permite organizarla con arreglo a determinados principios, que ponen coto a su extensión social, características y estructura; destacándose, como función social de la relación jurídica, la de tutelar las relaciones sociales que juridifican¹⁴⁷; y
- su origen lo constituyen hechos voluntarios e involuntarios, materiales o por lo menos exteriorizados, que afectan a las personas y que pueden autorizar o prohibir conductas, y por tanto producir determinados efectos¹⁴⁸.



Los elementos que integran la estructura de la relación a partir del modelo seleccionado son:

- Los sujetos, titulares de las modalidades y expectativas¹⁴⁹; individuales o colectivos¹⁵⁰, indistintamente, que toman cuerpo bien en personas naturales o jurídicas.
- El contenido de la relación que son las modalidades y expectativas en un espacio de tiempo determinado¹⁵¹.

Una vez caracterizada la relación jurídica y fijados los elementos que integran su estructura funcional, se reitera que en cada rama de los estudios jurídicos se definen las relaciones sociales que regula el Derecho y a pesar de la fuerte tradición socio – histórica acerca de la normación constitucional del *status* del extranjero, no resultan abundantes los análisis teóricos sobre la relación jurídica Estado–persona natural extranjera, atisbos de su estudio se encuentran en la obra de especialistas, que si bien no la abordaron de forma expresa, admitieron al extranjero como sujeto de una relación Estado – persona natural.

2.2. Escapando a la clásica definición de la relación Estado–individuo: la relación jurídica Estado–persona natural

Puede afirmarse que los estudios sobre el vínculo entre el Estado y los individuos que se hallaban en su territorio, fueron referenciados por primera vez en la obra de GROCIO¹⁵², quien nombró *alienae temporari* a las personas naturales que no eran miembros de determinados Estados y se encontraban bajo su soberanía, igualándolos a los súbditos en la sumisión a las leyes; criterio al que más tarde se sumaron filósofos como ROSSEAU¹⁵³, NEWMAN¹⁵⁴ y posteriormente HAURIOU¹⁵⁵, quien reconoció como cualidad del Estado cívico, la relación jurídica con carácter universal entre el Estado y las personas, definiéndola como la relación de deberes de asistencia y prestación entre éste y sus miembros, sin que hubiere de distinguirse entre ellos ningún individuo por el *status* de ciudadano o no.

Posteriormente, discurren los análisis de ARELLANO GARCÍA¹⁵⁶, que desarrolló la teoría de la relación jurídica de garantía individual en la Constitución y la explicó como aquella donde el Estado se obliga a ejercer sus potestades frente al gobernado, ciudadano o extranjero, respetando los derechos fundamentales que el hombre debe gozar para el desenvolvimiento de su personalidad y estableciendo las obligaciones de los individuos ante el primero, de modo que se



haga posible la vida en sociedad. Esta autora estima que su teoría resultó un avance con respecto a las examinadas anteriormente y a las tendencias de su época, el valor de la misma radica en la identificación manifiesta de la relación como vínculo, sus sujetos y contenido, carácter garante y su inclusión en las Leyes Superiores.

El tema es retomado por estudiosos contemporáneos¹⁵⁷, los que señalan las obligaciones estatales de garantizar, reconocer y proteger los derechos de todas las personas que se encuentren en el interior de su territorio, sin importar su calidad de nacional o extranjero, ni la legalidad de su *status*; entonces la soberanía genera una relación persona-autoridad con obligaciones recíprocas; en estos autores, es atinado destacar su visión sobre la correspondencia de deberes entre los sujetos y la determinación de la soberanía como vértice de la misma.

Teniendo en cuenta las características de la relación jurídica sistematizadas en el epígrafe anterior, y el criterio de los autores precedentes, se delimitan como rasgos esenciales de la relación Estado – persona natural los siguientes:

- Son relaciones sociales que, por su trascendencia para la estabilidad del Estado y la sociedad, se regulan constitucionalmente al encontrarse vinculadas a intereses esenciales del Estado, como la economía, el orden social, la reproducción del sistema político, las relaciones internacionales y la protección del individuo¹⁵⁸;
- son recíprocas y dinámicas¹⁵⁹;
- se inician a partir de un hecho jurídico o de la naturaleza, como el nacimiento de los seres humanos en determinado territorio, la naturalización, el parentesco con ciudadanos de determinados Estados y el ejercicio del poder político de los Estados sobre los individuos, que se materializa en sus actos de imperio, en ocasión de trasladarse a los espacios territoriales de los mismos o en sus representaciones diplomáticas o consulares en el exterior¹⁶⁰; y
- su naturaleza es constitutiva porque la persona natural comienza a poseer derechos, deberes y garantías, al ponerse en contacto con la soberanía del Estado.

La determinación de los elementos de la relación Estado–persona natural o relación Estado–individuo, es una cuestión que ha dividido el criterio de los autores. Una primera tendencia¹⁶¹,



circunscribe los sujetos de esta relación jurídica a los ciudadanos y se llega a reconocer la misma en exclusividad de estos. Otra amplía los sujetos de esta relación, a todos los individuos que se encuentran en el territorio de un Estado, considerando la visión que posee estos autores de la Carta Magna y de los derechos ¹⁶².

Tomando como sustento los estudios sobre el *status*, la condición jurídica, la situación jurídica y la relación Estado–individuo, se fijaron en su contenido, los derechos y deberes; notándose la ausencia de referencias doctrinales con respecto a las funciones del Estado y a las garantías de las personas naturales. En nuestra opinión, es la evidencia de un falso concepto de igualdad, para explicar la relación Estado – individuo, como un vínculo de sujeción, resaltando el carácter clasista y de poder que poseen las mismas ¹⁶³.

Con el fin de desentrañar la polémica planteada en función de este trabajo, se escoge sólo a los efectos de describir los elementos estructurales de la relación Estado-persona natural el modelo de FERRAJOLI, atendiendo a las ventajas planteadas en el epígrafe anterior y especialmente, las relacionadas con la estructura esbozada de la relación jurídica y sus vinculaciones, lo que permite resolver la polémica entre aquellos que consideran al sujeto que interactúa con el Estado como colectivo u otros que lo comprenden individual ¹⁶⁴; por otra parte, la dinamicidad, reciprocidad, garantismo y universalidad del sujeto destacado en el axioma del autor, recrea la postura del constitucionalismo moderno, que reconoce en la misma una relación de poder y de carácter político, pero la plantea también como recíproca y garantista.

Además, se ha observado para describir su estructura, los rasgos esenciales explicados desde el criterio de diversos autores estudiados, así como las falencias señaladas a la concepción de FERRAJOLI, con el objetivo de que las mismas no nos precipiten hacia un error; detallándose como sus elementos.

- Los sujetos, considerando tales al Estado y a las personas naturales ¹⁶⁵, ciudadanos, extranjeros y apátridas.
- Las modalidades y expectativas de la normativa constitucional en un espacio de tiempo determinado.



Respecto a las personas naturales, en la normas constitucionales vigentes, se sitúan aquellas modalidades atribuibles a las personas físicas que se encuentran en el territorio de determinado Estado, en forma de derechos, deberes y garantías, las últimas, se ubican en la misma posición que los derechos en el esquema relacional y funcionan con carácter alternativo e interdependiente a estos.

A tenor con lo anterior, la modalidad “derecho”¹⁶⁶ es: “el conjunto de valores éticos, culturales, sociales, económicos y jurídicos que por consenso de la comunidad de naciones, constituyen los ideales correspondientes a una etapa dada de desarrollo histórico y a ese fin se han consagrado en documentos jurídicos, es el conjunto de facultades, instituciones y prerrogativas que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos”¹⁶⁷.

En este informe de tesis se realizan algunas valoraciones, tomando como referente metodológico, la clasificación de la modalidad “derecho” referida a su contenido o esencia, generalmente se otorgan a los extranjeros los derechos civiles, económicos, sociales, culturales¹⁶⁸ y los derechos de la solidaridad, añadiéndose en algunos casos, los derechos políticos y los optativos constitucionalizados, que consisten en la posibilidad de servirle o cumplir un deber, que el Estado otorga a determinado extranjero sin contravenir las obligaciones con el Estado de ciudadanía y los principios del Derecho Internacional; téngase en cuenta que la clasificación de los derechos no significa la jerarquización de unos y otros.

Otra institución asimilada como modalidad en esta relación jurídica son los “deberes”, con amplia controversia para su definición¹⁶⁹, se toma como referente para su identificación en esta investigación, la noción de los mismos que expusiera el Tribunal Constitucional español en su sentencia número 160, del 27 de Octubre de 1987, cuando afirma que: “los deberes constitucionales o sub constitucionales (...) se hacen imperativos ya sea por un mandato directo y concreto de la Constitución, o bien de la interpretación global y unitaria del espíritu de la misma”¹⁷⁰. Sin enumerar taxativamente los mismos y con un ánimo generalizador, han de mencionarse, los deberes tradicionales: el de defender la patria para los ciudadanos, de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y el respeto a la Constitución y las leyes. Junto a estos en los últimos tiempos se reitera la necesidad de incluir, el deber de proteger el medio ambiente. En



el nuevo constitucionalismo latinoamericano, como ya se expuso, se han recogido de forma expresa otros que se habían mantenido implícitos en los textos constitucionales o que han sido tradicionalmente incluidos en los Códigos de ética de los funcionarios públicos y gremios profesionales, también se han establecido derechos como deberes para reforzar su cumplimiento, se han elevado a rango constitucional algunos propios de relaciones jurídicas de otras ramas del Derecho, como la de familia y finalmente se han establecido algunos provenientes de las culturas de los pueblos originarios¹⁷¹.

Del mismo modo, “las garantías” son modalidades que se comportan como medios que las Leyes Fundamentales ponen a disposición de las personas para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, los individuos y los grupos sociales y sin las cuales, el reconocimiento de estos últimos será un simple catálogo de buenas intenciones¹⁷². Se trata de un sistema de garantías normativas o abstractas, institucionales (jurisdiccionales o no) y sociales en estrecha relación entre ellas¹⁷³. Las garantías jurisdiccionales, consisten en la reparación de una violación por tribunal competente; a su vez, pueden ser ordinarias, que son los procedimientos para la defensa de los derechos ante la jurisdicción ordinaria y extraordinarias, son las establecidas ante órganos especiales. También pueden mencionarse las garantías no jurisdiccionales, que tienen lugar fuera de la vía judicial ante determinados órganos como la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Fiscal, las garantías normativas o abstractas que no constituyen mecanismos especiales para solucionar las violaciones específicas de los derechos humanos, sino, que se presentan en el propio cuerpo de la norma constitucional para proteger su texto, entre estas se encuentran: la reserva de ley, la cláusula de progresividad, el contenido esencial, la rigidez constitucional y el carácter directamente aplicable que presentan las Constituciones¹⁷⁴.

Definidas las modalidades establecidas constitucionalmente para las personas naturales, se deben precisar aquellas que se adjudican a los Estados. En este sentido, una de las primeras posturas sobre el tema¹⁷⁵, apuntó que en su territorio los mismos poseían derechos y deberes internos, que se vinculaban a su actividad en la Comunidad de Naciones, tales como el derecho de jurisdicción, seguridad, conservación y defensa; a lo que posteriormente se opuso Kelsen¹⁷⁶, al considerar que la primigenia idea de los derechos y deberes del Estado, permitía evadir la responsabilidad a los funcionarios públicos por el incumplimiento de la ley en el ejercicio de sus



cargos y que derechos y deberes sólo tenían las personas naturales, criterio que tuvo gran aceptación entre los teóricos de la época y otros contemporáneos¹⁷⁷, que explicaron la actividad del Estado a partir de funciones internas y externas, las que se fundamentan e interconectan desde principios¹⁷⁸.

En la perspectiva de FERNÁNDEZ BULTÉ¹⁷⁹, las funciones son el conjunto de acciones mediante las cuales el aparato de poder estatal intenta perpetuarse, defenderse y reproducirse eficazmente, siendo disímiles sus clasificaciones, pero a los efectos de esta investigación se tomará la expuesta por el autor cubano, que denomina funciones internas, a las que el Estado realiza *ad interim* de sus fronteras y como funciones externas, las que desarrolla en la Comunidad de Naciones y se manifiestan en los derechos y deberes internacionales, los que se encuentran en estrecha vinculación.

Atendiendo al análisis precedente, se delimitan como modalidades de la relación Estado – persona natural, las funciones internas del Estado y para distinguir las se denominarán a los efectos de este informe de tesis como “funciones –derechos”, las que encuentran respaldo en sus derechos internacionales, situándolo frente a los individuos en una posición de privilegio para exigir deberes a los mismos y “funciones – deberes”, son las que lo ubican en una posición de obligación frente al resto de los sujetos en la sociedad y hallan su fundamento en los deberes internacionales, sobre todo los de carácter social.

Finalmente, son modalidades de la relación Estado – persona natural, las situaciones activas que constitucionalmente habilitan a los sujetos para adoptar una serie de posibilidades de obrar, denominándose: “derechos”, “garantías”, “deberes”, “funciones – deberes” y “funciones – derechos”, las que se corresponden con las expectativas, estas últimas no son objetivo de este informe de tesis.

Las situaciones activas del Estado pueden describirse de la siguiente manera: a las funciones - derechos le son correlativas los deberes de una persona natural A (en el esquema de posiciones, las funciones - derechos se colocan horizontalmente a los deberes, nada obsta, que conjuntamente con A estos deberes obliguen al resto de la sociedad, constituyéndose en un sujeto colectivo), estas funciones - derechos poseen una garantía para su disfrute en la responsabilidad



de A, que como posibilidad de sanción gravita sobre los titulares del deber, (en el esquema de posiciones, la responsabilidad se coloca verticalmente a los deberes y en diagonal a los poderes); a su vez, las facultades del Estado son la posibilidad de acción que tiene el mismo frente a A, con el fin de garantizar las funciones – derechos (en el esquema de posiciones, las facultades se colocan verticalmente a los derechos y diagonal con los deberes), puede describirse en sentido inverso igual situación para el Estado en posición pasiva, (véase el anexo II, figura número dos).

Por su parte, las situaciones activas para las personas naturales pueden explicarse de la siguiente forma, a los derechos y garantías de A le corresponden las funciones - deberes del Estado, (en el esquema de posiciones, los derechos se colocan horizontalmente a las funciones – deberes, que pueden ampliarse hasta los deberes del resto de las personas naturales en la sociedad), estos derechos y garantías son amparados en su disfrute, a partir de la probabilidad de exigir responsabilidad, entendida como sanción, a los que encarnan la función estatal y son titulares de los deberes, (en el esquema de posiciones, la responsabilidad se coloca verticalmente a los deberes y en diagonal a los derechos y garantías), a su vez, las facultades del sujeto A son oportunidades de realizar acciones frente al Estado, para garantizar los derechos y garantías, (en el esquema de posiciones las facultades se colocan verticalmente a los derechos y las garantías y en diagonal con los deberes), puede detallarse en sentido contrario igual situación para la persona natural en posición pasiva, (véase el anexo II, figura número dos).

Como cierre final de lo examinado en este epígrafe, se puede concretar que la relación Estado – persona natural, es el vínculo recíproco, interno, dinámico y correlativo, que se encuentra regulado constitucionalmente y se establece entre los Estados y las personas naturales, a partir del nacimiento en su territorio, el parentesco, la naturalización o el ejercicio del poder político público sobre los individuos, en ocasión de trasladarse a los espacios territoriales de los mismos o a sus representaciones diplomáticas o consulares en el exterior; es la conexión entre situaciones activas (modalidades como: los derechos y deberes constitucionales del individuo y las funciones -derechos y funciones - deberes del Estado) y situaciones pasivas (expectativas como: la responsabilidad internacional de los Estados, la interna de sus funcionarios y la de los individuos en el Derecho interno, así como las facultades de unos y otros), en función del desarrollo y aseguramiento de los derechos y para la exigencia de responsabilidades contrarias, en pos de



lograr el equilibrio entre los intereses del Estado y los de las personas naturales, en concordancia con las normas del Derecho Internacional.

Esta relación jurídica Estado – persona natural puede ser de ciudadanía o con las personas naturales extranjeras, está última objeto de estudio de esta investigación, pero en virtud de su inexistente tratamiento doctrinal se impone una lectura de las relaciones de ciudadanía, como referente al tratamiento de la segunda.

2.3 La relación Estado–persona natural ciudadana. Punto de partida para distinguir las relaciones Estado– persona natural extranjera

El concepto clásico de ciudadanía¹⁸⁰ es aquel en el que se observa a la ciudadanía como el vínculo político y a la vez jurídico entre el Estado y el individuo y, por el cual nacen para ambas partes tanto derechos como obligaciones, que se complementan para lograr un Estado de bienestar social y de estabilidad jurídica y económica.

Es necesario esbozar que en cuanto a esta concepción se restringe el papel de la ciudadanía al vínculo antes mencionado, cuando en realidad abarca una esfera mucho más extensa, teniendo en cuenta que en primer término va a determinar la condición social de un miembro nativo o naturalizado de un Estado, y de esta condición nacerán un sinnúmero de relaciones de este individuo, tanto con el Estado como con otras personas naturales.

Peraza Chapeau¹⁸¹ se va a afiliar a esta concepción pero a la vez va a caracterizar a la ciudadanía con varios elementos entre los que se encuentra la estabilidad, la posesión de derechos y deberes, la subordinación al poder del Estado, y también los derechos y deberes por parte del mismo, considerando a la ciudadanía como uno de los derechos fundamentales del individuo, base de su *status* jurídico, tanto dentro del Estado como en el exterior y como condición que hace a la persona física titular de la plenitud de derechos públicos subjetivos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales otorgados por el sistema jurídico.

Además de aportar una visión trifonte de la ciudadanía, este autor enfatizó en que la misma es uno de los elementos más importantes de dicho vínculo jurídico y político, pues la relación siempre va a subsistir independientemente de que el ciudadano se encuentre o no en el territorio del Estado; ciertamente la opinión examinada coincide con otros autores extranjeros estudiados¹⁸²¹⁸³.



Esta institución es una de las manifestaciones sustanciales del poder estatal soberano y, por ello, su regulación jurídica pasa a ser competencia interna del Estado, ocupa un importante lugar en el sistema de la vida política y económica de la sociedad, ello obedece a que el ciudadano, al ser sujeto de las relaciones políticas, incide activamente sobre la formación y el desarrollo de la estructura política y participa en el ejercicio del poder estatal.

A partir de los criterios hasta aquí trasladados podemos establecer los rasgos que definen la ciudadanía:

- Esta institución determina la situación jurídica del individuo con respecto al Estado.
- La misma implica una cualidad y un derecho del ciudadano de ser sujeto de derechos políticos, derechos civiles y económicos o sociales y que interviene, ejercitándolos, en el gobierno de la nación.
- Es un vínculo político y a la vez jurídico entre el Estado y el individuo, desde el momento del nacimiento o con posterioridad al mismo.
- Partiendo de este vínculo nacen para ambas partes tanto derechos como obligaciones, que se complementan para lograr un Estado de bienestar social y de estabilidad jurídica y económica¹⁸⁴.
- Se caracteriza con varios elementos, entre los que se encuentra la estabilidad, la subordinación al poder del Estado, y también los derechos y deberes por parte del Estado.
- Es una relación que va a subsistir independientemente de que el ciudadano esté o no en el territorio del Estado.
- Constituye uno de los derechos fundamentales del individuo, base de su *status* jurídico.
- Implica la participación de los miembros de una comunidad en ella.
- A través de la misma los individuos inciden activamente sobre la formación y el desarrollo de la estructura política y participan en el ejercicio del poder estatal.
- Es un vínculo necesario, porque todo individuo ha de pertenecer al régimen político de un determinado Estado, ha de tener forzosamente una patria.
- Es un vínculo voluntario: es libertad de emigración y de cambio de ciudadanía que se proclama como la necesidad de una persona y depende de su voluntad, no pudiéndose obligar a formar parte de un país en tanto no se quiera.



Llegando así a la conclusión de que la ciudadanía es aquella institución que implica una cualidad, un vínculo voluntario y necesario del ciudadano con el Estado, convirtiéndose en sujeto de un conjunto de derechos políticos, civiles y económicos o sociales, como de deberes y obligaciones recíprocos adquiridos desde el momento del nacimiento o con posterioridad al mismo. La ciudadanía se va a caracterizar por el elemento de estabilidad y la subordinación del Estado, subsistiendo esta con independencia de la ubicación del ciudadano, y constituyendo para el mismo un derecho fundamental, base de su *status* jurídico, que va a envolver la participación de los miembros de una comunidad en ella.

Ser ciudadano o ciudadana significan dos cosas: una, poseer un sentimiento de pertenencia a una comunidad política; y obtener un reconocimiento de esa comunidad política a la que se pertenece.

Acotar que es usual que en la concepción de los diferentes autores sobre la ciudadanía, se denomina indistintamente ciudadanía y nacionalidad, al respecto decir que, la ciudadanía, como plantea DÁVALOS FERNÁNDEZ¹⁸⁵ representa lazos culturales, sociales y hasta religiosos con una determinada nación en pos de confirmar la idiosincrasia de la misma; y la nacionalidad es proporcionada por el nacimiento, mientras que la ciudadanía implica una cualidad y un derecho del individuo de ser sujeto de derechos políticos, derechos civiles y económicos o sociales y que interviene, ejercitándolos.

Sin embargo, a pesar de la distinción, lo cierto es que tanto en la doctrina como en el orden positivista y, por ende en la práctica jurídica actual también, se tiende a utilizar los términos de ciudadanía y de nacionalidad indistintamente, cuando el sentido real que se pretende es el que representa el concepto de ciudadanía, como es el caso de la legislación peruana y la brasilera y legislaciones como la chilena, la mexicana, la española y la costarricense, por solo citar algunos ejemplos, que consideran la nacionalidad como un prerequisite para el disfrute de la ciudadanía¹⁸⁶.

En mi criterio, ciudadanía y nacionalidad son dos términos con acepciones diferentes, la nacionalidad viene siendo el vínculo socio-psicológico del individuo con su grupo nacional y con su nación, el cual por desarrollarse en ese medio y con esas condiciones, le permite tener idiosincrasia, cultura, valores similares a los de la comunidad donde se desarrolla; mientras que



la ciudadanía alude al *status* de pertenencia plena a una comunidad política para el conjunto de individuos que la componen, pertenencia que va a implicar participación y *status* que garantizan derechos y deberes, libertades y obligaciones.

Finalmente, vale la pena realizar la observación sobre la trascendencia de la ciudadanía, tanto en el Derecho Interno como en el Derecho Internacional, entre las que se encuentra que les confiere a determinadas personas los derechos políticos y señala sus deberes militares, habilita para desempeñar las funciones públicas o algunas de ellas, así como para ejercer determinados derechos o actividades que generalmente están vedadas a los extranjeros, permite a los ciudadanos obtener pasaporte, retornar al país, obtener la protección diplomática del propio país, en ciertos casos en que los derechos de las personas son lesionados en el extranjero.

Además, la ciudadanía, como categoría jurídico-política, tiene una estrecha relación con los elementos esenciales del Estado, territorio y población; con la universalidad de los derechos fundamentales, la ciudadanía da acceso al disfrute de los derechos políticos, civiles y económicos reconocidos por la colectividad estatal a la que se adscribe el ciudadano; no obstante, la relación entre ciudadano y Estado también implica que el primero debe cumplir con una serie de deberes morales hacia la comunidad.

2.4. Hacia una definición de la relación Estado – persona natural extranjera: delimitando la relación Estado – persona natural ciudadana y la relación Estado – persona natural

De las distinciones entre los rasgos de las relaciones de Estado–ciudadano y la relación Estado–persona natural, puede colegirse la relación Estado persona natural extranjera, que devienen diferencias notables entre ambas:

- Al igual que las relaciones de ciudadanía, tienen un carácter social y son correlativas, internas, recíprocas, individuales y dinámicas.
- Se originan cuando los extranjeros entran en contacto con la soberanía de los Estados y se hace efectivo en ellos su poder político público, a partir de los actos de sus órganos o a partir de su efectiva movilidad al cruzar las fronteras internacionales; esta característica las distingue de las relaciones de ciudadanía, que surgen por el nacimiento de los individuos en determinado territorio, el parentesco con ciudadanos de determinados Estados y la naturalización.



- Se estructura con arreglo a principios como: la soberanía, que le posibilita al Estado ejercer su poder político público sobre los extranjeros, a través de sus órganos y de las diferentes actividades que materializan sus funciones; el de libre circulación, como expresión jurídica de los principales cambios en el *íter* de la movilidad internacional de un individuo; y el postulado de igualdad, como manifestación del reconocimiento de la personalidad jurídica a todas las personas y de la atribución de derechos en expresión homogénea, a partir de las necesidades de las personas físicas; entre estos se establece una relación dialéctica y de interconexión, porque se han forjado a lo largo del desarrollo social e histórico de la misma, demostrándose en su funcionamiento e *íter*, la contradicción soberanía vs. circulación y soberanía vs. igualdad, la que ha repercutido a los análisis filosóficos y en no pocas ocasiones, se expresa en la colisión, entre las exigencias de la Comunidad Internacional sobre la protección de los derechos y la necesidad que poseen los Estados soberanos de regular la movilidad internacional de la población para proteger sus intereses ante el impacto de las mismas.
- La naturaleza de la relación jurídica objeto de estudio es constitutiva, al igual que la relación de ciudadanía, porque la persona natural extranjera comienza a poseer indistintamente derechos, deberes y garantías desde que entra en contacto con la soberanía del Estado por su traslado interfronterizo o cuando los Estados hacen efectivo en ellos, su poder político público, a partir de los actos de sus órganos.
- Es una relación de carácter público, por encontrarse vinculada a la política migratoria de los Estados, a las relaciones internacionales y por el impacto que produce la movilidad internacional de la población a bienes jurídicos trascendentes para la sociedad; al igual que los vínculos de ciudadanía pueden resultar de interés para el juego electoral, lo que se evidencia en las sociedades multiculturales que incluyen específicamente a los migrantes como clase social y se reconocen derechos políticos algunas categorías migratorias.
- Son temporales, o sea, dependen de la efectiva realización de actos de imperio de los Estados sobre los extranjeros; a través, de la estancia física de la persona natural extranjera en el territorio de un Estado o de su interacción con los órganos del mismo; a diferencia de la relación Estado – ciudadano, que es estable en el tiempo y posee efectos extraterritoriales; que se manifiestan en el *jus avocandi*, cuya esencia es el poder de convocar al individuo donde quiera que se encuentre por parte del Estado



de su ciudadanía y el *jus protectioni*, o sea, el derecho de los Estados a proteger a sus nacionales en el exterior.

- Las relaciones jurídicas Estado – persona natural extranjera pueden convertirse *per se*, en fuentes de relaciones bilaterales entre Estados, generadas entre el Estado de ciudadanía y el de acogida, al activarse los mecanismos de la protección diplomática y consular para la protección de un extranjero con requisitos para ello, características que también distinguen estas de las relaciones de ciudadanía.
- La relación objeto de estudio, se manifiesta como una única relación, pero a diferencia y como distinción con respecto a la relación de ciudadanía, se divide en tres momentos, fases o etapas cíclicas y cada una resulta presupuesto de la otra; lo que acontece porque el derecho a libre circulación en los individuos, posee en su contenido esencial tres derechos, entrar, residir y salir, los que determinan en los procesos de movilidad internacional de la población, la etapa de entrada, estancia y salida; estas poseen repercusión jurídica en lo concerniente a la actividad de la administración pública y para los elementos funcionales de la relación que se describe.

2.5. La relación Estado–persona natural extranjera. Develando sus rasgos esenciales y estructura funcional

Los rasgos esenciales y elementos de la relación Estado – persona natural extranjera, constituyen el centro de estas líneas, para desarrollarlos se ajustaron al modelo de la relación Estado – persona natural, las regularidades socio históricas ordenadas en el primero de los epígrafes, las distinciones mencionadas en el epígrafe anterior y la valoración de los resultados de las entrevistas y del método comparado que, triangulado con los métodos teórico y el exegético, permitió hallar las generalidades que caracterizan los elementos estructurales de la relación objeto de estudio en las normas constitucionales actuales.

Las relaciones Estado – persona natural extranjera y su estructura funcional se distinguen por los rasgos siguientes:

- Tienen un carácter social y son correlativas, internas, recíprocas y dinámicas.
- Se originan cuando los extranjeros entran en contacto con la soberanía de los Estados y se hace efectivo el poder político público de los Estados en ellos, en ocasión de trasladarse¹⁸⁷ a los



espacios territoriales de los mismos o en sus representaciones diplomáticas o consulares en el exterior.

- La relación estudiada se estructura con arreglo a principios como: la soberanía, en tanto posibilita al Estado ejercer su poder político público sobre los extranjeros, a través de sus órganos y de las diferentes actividades que materializan sus funciones; el de libre circulación, como expresión jurídica de los principales cambios en el *íter* de la movilidad internacional de un individuo; y la igualdad, como manifestación del reconocimiento de la personalidad jurídica a todas las personas y de la atribución de derechos en expresión homogénea, a partir de las necesidades de las personas físicas¹⁸⁸. Entre estos se establece una relación dialéctica y de interconexión, porque se han forjado a lo largo del desarrollo social e histórico de la misma. En su funcionamiento e *íter*, se demuestra la contradicción soberanía vs. circulación y soberanía vs. igualdad, la que ha repercutido a los análisis filosóficos y en no pocas ocasiones, se expresa en la colisión, entre las exigencias de la Comunidad Internacional sobre la protección de los derechos y la necesidad que poseen los Estados soberanos de regular la movilidad internacional de la población para proteger sus intereses ante el impacto de las mismas.
- La naturaleza de la relación jurídica objeto de estudio es constitutiva porque la persona natural extranjera comienza a poseer indistintamente derechos, deberes y garantías cuando entra en contacto con la soberanía de los Estados.
- La relación objeto de estudio sostiene como propósito la tutela de los derechos, deberes y garantías de los extranjeros, en equilibrio con la protección de los intereses económicos, políticos y sociales del Estado.

Los fines atribuidos a la relación jurídica objeto de estudio parecen incompatibles, incluso en las legislaciones se potencian los intereses estatales en detrimento de los derechos de los extranjeros; sin embargo, a juicio de esta autora, la anterior es una contradicción aparente, *es una falsa negación*, porque la protección y tutela de las personas naturales extranjeras es un objetivo que se incluye en los intereses nacionales de los Estados.

Basta decir, que los intereses nacionales en el ámbito social, político y económico, son los objetivos del Estado que permiten salvaguardar su equilibrio interno, los que no deben



constituirse de forma opuesta a sus deberes internacionales y entre los que se destacan el respeto a los derechos humanos, la correcta administración de justicia, la erradicación de la pobreza, la adecuada interpretación y aplicación de la ley, la justa y equitativa distribución de la riqueza del país, el crecimiento y la estabilidad económica, el perfeccionamiento de los procesos legislativos y administrativos de la función gubernamental¹⁸⁹.

Desde el punto de vista de las ideas desarrolladas por CARBONELL¹⁹⁰, los intereses nacionales deben ser controlados constitucionalmente, lo que permitirá que las políticas de seguridad nacional observen lo previsto en bienes jurídicos constitucionalizados. Por su parte, NOGUEIRA DE ALCALÁ¹⁹¹, señaló que al vincularse los derechos, con otros bienes jurídicos, se encuentran al servicio del desarrollo de la persona y del bien común de la sociedad, formando parte de un sistema donde deben ponderarse los efectos de cada derecho, con los bienes constitucionales, para considerar sus límites y su alcance en cada caso concreto.

- Es una relación de carácter público, por encontrarse vinculada a la política migratoria de los Estados, a las relaciones internacionales y por el impacto que produce la movilidad internacional de la población a bienes jurídicos trascendentes para la sociedad¹⁹²; especialmente, en las sociedades multiculturales donde se incluyen a los migrantes como clase social y se les reconocen derechos políticos a algunas categorías migratorias.
- Las normas del Derecho Internacional, el estatuto personal, la responsabilidad internacional, la protección diplomática y consular y el sistema internacional de garantías de los derechos humanos, constituyen sus límites e influyen en el alcance del contenido de la relación, condicionando su extensión. Desde su influjo los Estados se ven compelidos a proteger los derechos internacionalmente establecidos para las personas naturales, lo que permite afirmar que con relación al vínculo objeto de estudio hacen una función de prevención general¹⁹³.
- Son temporales, o sea, dependen de la efectiva realización de actos de imperio de los Estados sobre los extranjeros.
- Las relaciones jurídicas Estado – persona natural extranjera pueden convertirse *per se*, en fuentes de relaciones bilaterales entre Estados, generadas entre el Estado de ciudadanía y el de acogida o



destino, al activarse los mecanismos de la protección diplomática y la consular, para la protección de un extranjero con requisitos para ello.

- La relación objeto de estudio, se manifiesta como una única relación, pero se divide en tres momentos, fases o etapas cíclicas y cada una resulta presupuesto de la otra; lo que acontece porque el derecho a libre circulación en los individuos, posee en su contenido esencial tres derechos; la entrada, estancia y la salida, los que determinan en los procesos de movilidad internacional de la población, la etapa de entrada, estancia y salida; estas poseen repercusión jurídica en lo concerniente a la actividad de la Administración Pública y para los elementos funcionales de la relación que se describe; identificándose en cada fase, problemáticas vinculadas al contenido de la relación objeto de esta investigación:

En la fase de entrada, las personas naturales extranjeras ejercitan su derecho a ingresar a determinado territorio, pero a partir de las prerrogativas internacionalmente reconocidas, los Estados limitan el acceso de los extranjeros al interior de sus fronteras partiendo de causas establecidas en ley, que deben ser fundadas, expresas y ciertas. Desde el momento en que los foráneos se colocan bajo la soberanía estatal, es notoria la interacción entre las relaciones jurídicas administrativas y la relación Estado – persona natural extranjera, porque los efectos de la primera, pueden trascender al contenido del *status* constitucional de los no nacionales, evidenciándose la contradicción entre el principio de libre circulación y la soberanía de los Estados¹⁹⁴. La admisión del extranjero puede ocurrir distinguiéndose cuatro supuestos, con efectos diferentes; la entrada regular, irregular, los supuestos de prohibición de admisión y de excepción de visados:

- ✓ La entrada regular ocurre cuando el extranjero ingresa al territorio, previo examen y aceptación del sistema de autorización, denominándose así al orden establecido en la legislación para el acceso al Estado de acogida; es decir, los Estados a partir de facultades reconocidas por el propio ordenamiento jurídico internacional, limitan el derecho de entrar de los individuos, tomando como base, los requisitos de dichos sistemas, contenidos en técnicas de ordenación administrativa, que si bien proveen seguridad jurídica al acto migratorio, no dejan de constituir una limitación a los derechos, que debe realizarse dentro de lo permitido constitucionalmente¹⁹⁵.



Elementos importantes de los sistemas de entrada, resultan el pasaporte y el visado, límites al derecho de circular libremente; el primero es el documento que certifica la identidad de los ciudadanos de determinado Estado que viajan al extranjero y es importante en el momento de solicitar la atención consular y la protección diplomática. En el caso de los apátridas, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, establece en su artículo 28, que si el apátrida no posee un documento válido de viaje, el Estado donde se encuentre expedirá el mismo de modo que pueda trasladarse fuera del territorio.

Asimismo, el visado¹⁹⁶ consiste en la autorización especial o signo formal, estampado en los pasaportes por los correspondientes órganos de un Estado para la admisión de una persona natural extranjera en su espacio soberano, a los efectos de transitar o residir en el mismo, indicando que el documento ha sido examinado y considerado válido para estos fines. Como acto administrativo, es la causa de la relación jurídica administrativa¹⁹⁷ que se establece con motivo de la entrada al territorio, entre la Administración y el extranjero en calidad de administrado, es uno de los actos que regulariza la permanencia y que los *iusprivatistas* denominan criterio de regularidad administrativa de la estancia, incluso en el caso de las llamadas visas volantes.

✓ La excepción de visados, sucede cuando un tratado internacional o un acuerdo suscrito por el Estado de acogida, exime a determinados extranjeros de una o varias ciudadanías, de comparecer ante los controles administrativos para ingresar a determinado territorio, separándose el origen de la relación constitucional con el de la relación administrativa; no obstante, desde que el extranjero se presenta en punto de frontera debe ser reconocido y protegido constitucionalmente, aunque ciertamente el sistema de libre visado origina una circunstancia de trato preferencial en la relación Estado - persona natural extranjera.

✓ La prohibición o inadmisión de entrada, se manifiesta cuando el Estado niega al extranjero, la autorización para ingresar a su territorio durante el control de frontera, su vinculación con la relación objeto de estudio es verificable, porque el mero contacto con el territorio, hace que el no nacional deba ser reconocido y protegido en los mínimos derechos que la Constitución reconoce a todos los individuos¹⁹⁸.



✓ La entrada irregular de las personas naturales extranjeras, acontece cuando los extranjeros se incorporan al territorio de determinado Estado o prolongan su estancia en el mismo, sin comparecer ante los controles administrativos. Una vez que el Estado advierta su presencia, puede proceder a la regularización de su estancia o calificar la irregularidad como un hecho antijurídico y sancionar la misma con la salida del espacio geográfico correspondiente o el internamiento¹⁹⁹. En los ordenamientos jurídicos actuales es más frecuente la reacción represiva de la Administración que los procesos de regularización, postura criticable, toda vez que el Derecho Internacional manifiesta que los mecanismos regularizadores, de origen material o legal, deben incluirse de forma amplia por las legislaciones estatales.

Durante la fase de entrada, con independencia de la forma de ingreso del extranjero, el mismo deberá poseer el reconocimiento de su personalidad jurídica y un *standard* de garantías y derechos constitucionales al interior de cada Estado, sin importar la forma de entrada e independiente a cualquier decisión administrativa vinculada a la misma, teniendo en cuenta que las relaciones jurídicas administrativas son independientes a la relación Estado – persona natural extranjera²⁰⁰.

La **fase de tránsito o estancia**, tiene como presupuesto la de entrada, ésta provee continuidad a la relación y abarca el espacio de tiempo en que la persona natural extranjera ocupa el territorio del Estado para realizar las actividades autorizadas en el transcurso de su permanencia, formando parte de su población residente o flotante²⁰¹, sometiéndose al imperio del mismo y colocándose en posición de iniciar las relaciones jurídicas que le permitirán el ejercicio de sus derechos, deberes y garantías. La creciente interacción del no nacional con los servicios públicos y la actividad de policía de la Administración²⁰², genera disímiles relaciones jurídicas administrativas y un nivel de actividad sobresaliente en la Administración, registrándose las mayores dificultades prácticas para la relación, que son:

✓ Las relacionadas con la actividad clasificatoria; en ese sentido, subrayar que la condición migratoria²⁰³ se ha convertido en pieza articuladora del *status* constitucional de los extranjeros en los diferentes ordenamientos jurídicos, al ser utilizada como referente para instituir las limitaciones al ejercicio de los derechos de los mismos durante su normación.



Debe significarse, que la clasificación migratoria no ha sido ampliamente explicada por la doctrina²⁰⁴; en nuestra opinión, es la forma jurídica por la cual los Estados a partir de las declaraciones realizadas sobre los propósitos de viaje de un extranjero, autorizan a los individuos un conjunto de actividades para realizar en un tiempo de estancia estipulado. Es así, que la condición migratoria, se convierte en declaración tácita de capacidad, como expresión de la posibilidad de autoabastecerse ante determinadas necesidades personales que pudieran surgir durante el tiempo de estancia en los territorios, o sea, es expresión de determinada capacidad económica y social en los sujetos. Justamente, por estas razones se erigen en la *praxis* legislativa, como criterio de atribución para el establecimiento de los derechos.

Según la correlación capacidad, necesidad, derechos en las legislaciones actuales, las clasificaciones pueden reagruparse por las necesidades que denotan iguales motivaciones de viajes, de la siguiente forma²⁰⁵:

- los extranjeros que ingresan al país receptor como pasajeros en trasbordo, en tránsito o para disfrutar de los servicios turísticos en sus diferentes modalidades (turismo de salud, recreación, científico, comercial, deportivo y cultural) y los que llegan motivados por la actividad inversionista y comercial; en general, se distinguen por su capacidad para solventar sus necesidades económicas e inquietudes sociales y culturales.
- los extranjeros que arriban por el desarrollo de las relaciones internacionales, como agentes diplomáticos o consulares y sus familiares, así como los funcionarios de la Organización de Naciones Unidas y otros organismos Internacionales o agencias acreditadas en determinados países; estos no constituyen objeto de este estudio y se distinguen del resto de las personas naturales extranjeras porque su *status* es claramente definido en el Derecho Internacional Público.
- los extranjeros con protección del Derecho Internacional por motivos humanitarios o solidarios, son aquellos que migran forzosamente de otro país, como los asilados y refugiados²⁰⁶; también se incluyen en esta clasificación los extranjeros que reciben becas para realizar estudios en determinadas naciones o se benefician con programas de salud gratuitos, los particulariza la intención con que el Estado los clasifica, unos por motivos humanitarios y otros a partir de los



principios de cooperación internacional, en su caso, los Estados de acogida asumen gran parte del costo económico de sus derechos sociales y culturales, responsabilidad en ocasiones compartida por organismos internacionales.

- los extranjeros residentes permanentes que son quienes se asientan definitivamente en determinado territorio.

El legislador moderno ha tomado las clasificaciones migratorias como apoyo para el establecimiento de los derechos, deberes y garantías, su carácter dialéctico en la actualidad resulta un desafío, toda vez que los Estados deben revisar constantemente la posible institucionalización de nuevas motivaciones viajes, atendiendo a generalizaciones en su realidad migratoria y por otra parte; deben usar las mismas como factor de inclusión y no como instrumento para la discriminación; o sea, por encima del *status* determinado para cada calificación migratoria existe un *standard* mínimo reconocido a todos los seres humanos, por ello la protección del extranjero no puede reducirse a aquellos que están clasificados migratoriamente, deben potenciarse los espacios legislativos para adquirir las mismas y debe constituirse como una categoría jurídica en movimiento²⁰⁷.

✓ Al discurrir en el mismo espacio temporal, la fase de estancia y la de entrada se confunden, en los casos en que la estancia se limita al momento del ingreso o del reconocimiento del extranjero que penetró a través de las fronteras estatales de forma irregular.

✓ En esta etapa, las afectaciones que se producen en la regulación constitucional de la relación, se originan en las legislaciones de desarrollo de los derechos, por la existencia de insuficiencias como: la pluralidad de fuentes, antinomias jerárquicas que afectan el contenido constitucional, la redundancia y la estratificación legislativa²⁰⁸.

Por otra parte, la etapa de salida tiene como precedente a la de estancia, las salidas pueden ser de varios tipos: definitivas, si los extranjeros no poseen plan inmediato de regreso y transitorias, si salen previendo regresar nuevamente al mismo territorio. También pueden ser salidas voluntarias, cuando el foráneo se retira del territorio una vez agotado el tiempo de estancia concedido por el Estado y las forzosas, si los no nacionales son conminados a marcharse utilizando los medios



coactivos del Estado como consecuencia de una infracción de las leyes vigentes, estas últimas centran la polémica fundamental de este ciclo.

✓ En principio, los Estados deben sostener, como premisa, que la salida del extranjero se lleve a cabo de forma voluntaria y en caso de ser forzosa, debe realizarse a través de los procedimientos que provea a los individuos de las garantías requeridas, previendo que no sean dañados los derechos de las personas naturales extranjeras.

✓ Las salidas forzosas se califican por las diferentes legislaciones en: extradición, expulsión y deportación y en la actualidad sus implicaciones para los derechos de las personas naturales resultan centro de atención por parte del Derecho Internacional²⁰⁹; aunque todo parece acabar con la salida del extranjero, este ciclo se erige en presupuesto de la fase de entrada teniendo en cuenta lo preceptuado en las legislaciones modernas, donde el reingreso de un extranjero a determinado territorio es condicionado por la forma en que salió del mismo²¹⁰.

Los tres momentos de la relación jurídica no son similares en el ejercicio de derechos, deberes y garantías por parte de los extranjeros, evidenciándose los efectos de la asistematicidad de la regulación constitucional que impide a la misma erigirse en verdadera espina dorsal del ordenamiento jurídico de extranjería y el despliegue eficaz de su función tutelar.

Al explicar la relación jurídica Estado – persona natural extranjera se hace imprescindible la presentación y caracterización de sus elementos internos o estructurales, siendo estos: los sujetos y las modalidades y expectativas que integran el contenido de la relación.

➤ Los sujetos: sujeto activo (titular de la modalidad) y el sujeto pasivo (titular de expectativa). En estas posiciones estarán de forma dinámica y recíproca, el Estado y la persona natural extranjera respectivamente.

En el caso del Estado, la convergencia de su posición en tres planos diferentes, influye en el contenido de la relación; como sujeto de la Comunidad de Naciones debe cumplir las normas del Derecho Internacional, desde su postura de poder puede trasladar los principios internacionales a las normativas internas y como sujeto de la relación objeto de estudio, se pueden generar vínculos de cooperación internacional con otros Estados, en torno a la reclamación de derechos y asuntos legales vinculados a los extranjeros.



Por otra parte, el extranjero se ha conceptualizado de diferentes formas, inicialmente era considerado como aquel que poseía la ciudadanía de un Estado y se encontraba en territorio de otro²¹¹; sin embargo, la doctrina más reciente y la Organización de Naciones Unidas, definen extranjero como toda persona que no es nacional del Estado que se toma como referente²¹², incluyéndose en este concepto al apátrida y a las personas naturales y jurídicas, estas últimas no se incluyen en este estudio²¹³.

Con relación a la distinción entre extranjeros y apátridas DÁVALOS FERNÁNDEZ²¹⁴ plantea que: “pudiera no tener mayores problemas y resultar solamente didáctica, si en las diferentes disposiciones jurídicas de los ordenamientos y en la propia Constitución, no existiera confusión terminológica y si al emplear en las leyes la denominación anterior no se favoreciera solamente a los extranjeros; negando entonces la protección a los apátridas²¹⁵. Pese a lo anterior, los extranjeros que son ciudadanos de determinados Estados, a diferencia de los apátridas, pueden beneficiarse con los mecanismos de protección diplomática y consular y cuentan con deberes con respecto a su Estado de origen, el deber de defenderlo y de no realizar actos en su contra.

Desde la perspectiva anterior y a los efectos de este informe de tesis, se definen como **sujetos** de la relación, a las personas naturales extranjeras, que son las personas físicas, ciudadanos de determinados Estados o apátridas, que no poseen la ciudadanía del Estado en que se encuentran. Como Estado, se denomina a la Organización política superior que recibe al extranjero en su territorio.

➤ El contenido de la relación Estado – persona natural extranjero, está compuesto por las modalidades y expectativas²¹⁶.

Son modalidades²¹⁷, los derechos, deberes y garantías para las personas naturales extranjeras y las funciones - derechos y funciones – deberes para los Estados; para este informe de tesis han sido delimitadas bajo una concepción sincrónica del ordenamiento jurídico de extranjería, a partir de un análisis exegético, teórico y comparado de los textos constitucionales estudiados, sus definiciones fueron determinadas tomando como sustento la definición doctrinal y las características generales arrojadas por el estudio comparado de la normativa constitucional en los países tomados como muestra, los instrumentos internacionales conectados al tema de la movilidad internacional de la población, los derechos humanos y especialmente, para el estudio de las funciones estatales se tuvieron en cuenta los principios de las políticas migratorias declarados en las diferentes legislaciones sobre migración.



Cifrándose como modalidades que componen la relación jurídica Estado – persona natural extranjera, las siguientes:

- modalidad “derechos”: En los textos constitucionales actuales, se atribuyen a todas las personas naturales extranjeras, los derechos civiles, los derechos socioeconómicos y culturales, que se otorgan a los residentes y en cuanto a los derechos políticos, el derecho al voto, además de los anteriores, los derechos de solidaridad se hacen extensivo a todas las personas en aquellas Constituciones donde son regulados²¹⁸.

- modalidad “deberes”: a los extranjeros se hacen extensivos aquellos establecidos en la Ley Superior, cuyos destinatarios son sujetos impersonales o alcanzan a los extranjeros en virtud del principio de equiparación o la igualdad²¹⁹.

- modalidad “garantías”: ubicadas de forma alternativa a los derechos en el esquema de posiciones donde se describe el funcionamiento estructural de la relación eje de esta investigación, se hacen extensivas a los extranjeros, aquellas estipuladas constitucionalmente, si sus titulares son impersonales o en las cláusulas de extranjería se hace alusión expresa a su equiparación o igualdad; entre las que cuentan, las garantías sociales e institucionales, como las jurisdiccionales o no jurisdiccionales, las normativas o abstractas, los valores y los principios constitucionales y hermenéuticos del sistema jurídico²²⁰.

- modalidad funciones- deberes²²¹:

- Proveer un proceso migratorio ordenado y seguro, habilitando los puntos de fronteras para la entrada y salida al país de naves, aeronaves, vehículos terrestres y personas naturales.
- Establecer un *standard* de derechos y de garantías jurídicas y materiales, para todas las personas naturales extranjeras que ingresen a su territorio por vía regular e irregular.
- Garantizar el respeto al estatuto personal del extranjero y el desarrollo de los institutos de la protección diplomática y consular en sus territorios, bajo las condiciones que se establecen en el Derecho Internacional y los principios de respeto mutuo, la soberanía y la igualdad de los Estados.
- Instaurar un sistema de garantías constitucionales y materiales para los derechos y crear acciones de afirmación positiva, especialmente dirigidas a que la persona natural extranjera que se encuentre en



determinado territorio, pueda desarrollar su cultura, religión y costumbres, preservándola del desarraigo, sin menoscabar los intereses económicos, políticos y sociales del Estado y la sociedad, además de proporcionar mecanismos administrativos de regularización.

- modalidad funciones- derechos²²²:

- La soberanía de los Estados permite ejercitar la jurisdicción de los diferentes órganos administrativos, legislativos y judiciales sobre todas las personas naturales que se encuentran en su territorio, atendiendo a las normas adoptadas internacionalmente y la legislación nacional.
- Establecer los deberes de las personas naturales extranjeras en su territorio, así como las limitaciones a los derechos y garantías, atendiendo a la proporcionalidad, para proteger intereses económicos, políticos y sociales trascendentes.
- El Estado puede otorgar privilegios e imponer limitaciones para la entrada, residencia y salida de los extranjeros.

En materia migratoria, las funciones del Estado se definen en estrecha vinculación con la función principal de la Administración, que regula lo relativo a la circulación durante la entrada, permanencia y salida de la persona natural extranjera, así en las diferentes fases de la relación jurídica actúa la Administración pública, con este fin establece un importante número de relaciones jurídicas administrativas, sin desestimar que en el desarrollo de estas funciones interactúan otros órganos del Estado.

En este orden de ideas, las modalidades representan el lado interno de la relación Estado – persona natural extranjera y se pueden establecer las siguientes relaciones cuando el Estado se ubica en situación pasiva: a las funciones - derechos le corresponden los deberes de una persona natural extranjera (en el esquema de posiciones, las funciones - derechos se colocan horizontalmente a los deberes, que pueden extenderse al resto de la sociedad, es decir, puede que lo que es deber para una persona natural extranjera lo sea para el resto de la sociedad o para la población extranjera), estas funciones -derechos poseen una garantía para su disfrute en la responsabilidad de la persona natural extranjera entendida como posibilidad de sanción, (en el esquema de posiciones, la responsabilidad se coloca verticalmente a los deberes y en diagonal a los poderes); a su vez, las facultades del Estado son las posibilidades de acción que tiene el mismo frente a la persona natural extranjera, con el fin de



garantizar sus funciones – derechos (en el esquema de posiciones, las facultades se colocan verticalmente a los derechos y diagonal con los deberes), puede describirse en sentido inverso igual situación para el Estado en posición pasiva, (véase el anexo II, figura número tres).

Las correlaciones funcionales activas en el lado interno de la relación para las personas naturales extranjeras, se describen así: a los derechos y garantías de la persona natural extranjera le corresponden las funciones - deberes del Estado, (en el esquema de posiciones, los derechos se colocan horizontalmente a las funciones – deberes, que pueden hacerse extensivos al resto de las personas naturales en la sociedad), estos derechos y garantías se amparan en su disfrute a partir de la posibilidad de exigir responsabilidad al Estado como sujeto del Derecho Internacional y a sus funcionarios en el Derecho interno, (en el esquema de posiciones, la responsabilidad se coloca verticalmente a los deberes y en diagonal a los derechos y garantías); a su vez, las facultades de la persona natural extranjera son oportunidades de realizar acciones frente al Estado, (en el esquema de posiciones las facultades se colocan verticalmente a los derechos y las garantías y en diagonal con los deberes), puede detallarse en sentido contrario igual situación para la persona natural en posición pasiva, (véase el anexo II, figura número tres).

En resumen, puede definirse la relación Estado – persona natural extranjera como el vínculo recíproco, temporal, dinámico, público y correlativo, que se establece entre los Estados y las personas naturales extranjeras, a partir del ejercicio de los actos de imperio del Estado sobre el extranjero y se expresa constitucionalmente como relaciones entre situaciones activas en forma de modalidades (como los derechos y deberes del extranjero, las funciones - derechos y funciones - deberes del Estado) y las situaciones pasivas como las expectativas (son la responsabilidad de los Estados en el Derecho Internacional, la de sus funcionarios, la responsabilidad de los extranjeros ante el Derecho interno, así como las facultades de unos y otros); con el propósito de equilibrar el reconocimiento y protección de las personas naturales extranjeras y los intereses económicos, políticos y sociales del Estado.

Como balance en este capítulo, se ha escudriñado el origen y desarrollo histórico y teórico, de la relación Estado – persona natural extranjera y se determinaron como sujetos de la misma, al Estado y a la persona natural extranjera y como su contenido, las modalidades derechos, deberes y garantías, para las personas naturales y las funciones derechos y deberes del Estado; su caracterización a través de los rasgos esenciales y de sus elementos estructurales, partiendo del



análisis de la relación de ciudadanía, instituidos pivotes para un posterior y necesario análisis en Cuba.

Capítulo 3. Hacia una nueva etapa en la constitucionalización de la relación Estado–persona natural extranjera: los presupuestos teóricos como brújula indispensable

Se reitera que el estudio de la relación Estado– persona natural extranjera, es paso previo e ineludible para incluirla en la doctrina y en los textos de las Constituciones. Develar la estructura funcional y sus rasgos esenciales fueron los primeros núcleos temáticos trabajados en este informe de tesis, para lograr con la juridificación de la relación objeto de estudio, el reconocimiento y protección de las personas naturales extranjeras y los intereses económicos, políticos y sociales del Estado de recepción; todo ello en virtud del significado de la propia relación y de sus elementos estructurales.

En este sentido, el contenido de la relación objeto de estudio, como elemento material es el eje cristizador de la política de extranjería y migratoria de los Estados. Para que se cumplan los fines anteriores, debe tratarse el maniqueísmo funcional descrito como expresión del carácter unitario del contenido de la relación en la norma jurídica; *v.gr.*, a cada derecho o garantía debe corresponderle una función – deber, la posibilidad de exigir responsabilidad y las correspondientes facultades para su desarrollo, logrando un entramado garantista; el contenido de cada una de estas modalidades debe estar desarrollado de forma sistemática, sin violentar su contexto social, en todas sus potencialidades, acorde a los límites immanentes y explícitos en la norma.

Aplicar los cinco “principios” convertidos en “coordenadas constitucionales”²²³ a la relación, requiere del conocimiento de la misma y de su estado actual. Estas coordenadas constitucionales, permiten reorientar la relación Estado – persona natural extranjera en la sociedad, porque tienen su origen en los principios que la han determinado históricamente, derivados de su realidad histórica y social, y devenidos de su funcionamiento interno. De ahí la necesidad de haber realizado su estudio histórico, para comprender el conocimiento de su estructura funcional, desentrañando sus elementos y vínculos; lo que permitió vislumbrar su funcionamiento normativo y el modo en que aquellos principios han incido en la ordenación jurídica de su contenido; por ello, de estos surgen las coordenadas que seguidamente se relacionan, lo que permitirá explicar la manera de regular la relación para reorientarla, contextualizando la misma en fórmula de “deber ser”.



Desde esta perspectiva quedan establecidos los presupuestos teóricos que permitan la adecuada constitucionalización de la relación Estado – persona natural extranjera. Las “coordenadas constitucionales”²²⁴, pueden clasificarse de dos formas: las coordenadas constitucionales primarias y las secundarias.

- Las coordenadas constitucionales primarias, incluyen aquellos principios que atendiendo a la teoría de la relación jurídica inciden directamente en el contenido de la misma, porque determinan en la realidad social, sus modalidades y expectativas, o sea, son postulados de carácter material y al respecto, pueden mencionarse, la soberanía, la igualdad y la libre circulación. Entre ellas, ocurre la contradicción fundamental en el *íter* de los movimientos de población, interconectándose dialécticamente en la realidad social, como se mencionó desde el primero de los epígrafes y se constató en el criterio de filósofos estudiados; estas tienen un peso importante en la génesis de los problemas sociológicos y jurídicos, en torno a la relación Estado – persona natural extranjera, de ahí la necesidad de su conciliación en la realidad social y jurídica, con la derivación de reglas o presupuestos que sistematicen convenientemente el conjunto de relaciones que ocurren en la movilidad internacional de la población
- Coordenadas constitucionales secundarias, como postulados de carácter instrumental, que indican cómo regular el contenido de las modalidades correspondientes a la relación, o sea, cómo desarrollar en el ordenamiento las modalidades referidas a los derechos, deberes y garantías, en la norma constitucional y en las leyes de desarrollo, en el supuesto que nos ocupa son los principios de proporcionalidad y constitucionalidad.

Estas coordenadas constitucionales se instituirán en fundamentos indispensables que deben ser respetados en la creación y aplicación de leyes vinculadas a la extranjería, y utilizadas para adoptar las decisiones públicas sobre la migración, durante los procesos de movilidad humana; sirviendo de guía para su coherente organización social, como fórmulas preceptivas que los ciudadanos y todos los funcionarios del Estado están obligados a obedecer, de ellas se pueden derivar tanto potestades en favor del Estado, como derechos subjetivos en beneficio de los administrados.

Las carencias detectadas en la normación constitucional y la legislación ordinaria que desarrolla el contenido esencial de los derechos y de la relación Estado–persona natural extranjera, podrán encontrar



solución en las coordenadas constitucionales tomando como sustento tres funciones esenciales: la interpretación de los preceptos de la Constitución como fundamentos de otras reglas, la de orientar todo el ordenamiento, la de ofrecer mayores argumentos para decidir el significado concreto de las normas y como fuente para extraer las aplicables a casos particulares, cuya posible transmutación suponga el ejercicio de diversas opciones de política legislativa.

El contenido material de los principios erigidos en coordenadas constitucionales, determinará el sentido de las reglas durante el proceso de interpretación; por lo que tienen una función orientadora del ordenamiento y otra, que se concreta mediante la fuerza derogatoria de la Constitución para garantizar que el contenido material de las normas jurídicas se ajuste al previsto constitucionalmente.

Ciertamente, el rol de los principios constitucionales se ha visto disminuido por los intérpretes y por ello se hace necesario su inclusión en las Leyes Fundamentales, para poder extraer reglas que respondan a estructuras constitucionales claras e indiscutidas; las normas jurídicas constitucionales, son las supremas en el ordenamiento y tienen eficacia directa, como tal, garantizarán su aplicación y no permitirán menoscabar sus términos durante la interpretación, como forma de proteger la voluntad del constituyente en su aplicación.

Visto el significado de los principios y la necesidad de hacerlos explícitos constitucionalmente, se hace impostergable explicar, el contenido de estos postulados y las razones que los convierten en coordenadas constitucionales en la relación jurídica núcleo de este estudio, a la par que su significado histórico y teórico.

- Principio de igualdad²²⁵, la discusión de la igualdad y sus dimensiones se ha vinculado a la extranjería, teniendo en cuenta que al extranjero se le aplica un conjunto de normas *ad hoc*, que no se hacen extensivas al nacional, aunque la evolución histórica ha conducido a la reducción del trato jurídico discriminatorio del foráneo y en el Derecho comparado contemporáneo se ha ampliado el principio de igualdad puede plantearse, que la extranjería *in situ* es aún concebida bajo la lógica de la diferenciación y discriminación, en principio, la desigualdad de trato que soportan los extranjeros con respecto a los nacionales, es legitimada en su condición de foráneos (por carecer de la nacionalidad de referencia). Actualmente, la distinción señalada es



cuestionada por influencia de algunos autores, que discuten el trato jurídico desigual impuesto a los no nacionales tomando como referente el *status* o la regularidad de su condición.

Ante la vinculación extranjería – igualdad y la necesidad de hacer realidad los preceptos de la misma, han de analizarse las dimensiones del principio anterior:

En el nivel filosófico-político, se distingue la “igualdad económica”, de la “igualdad política”, respondiendo a las interrogantes, de ¿por qué igualdad? y ¿para qué igualdad?²²⁶

La mejor manera de responder esta distinción, es situándose en la igualdad económica, vital para el entendimiento jurídico de la misma como principio englobador, sobre todo en su vertiente de igualdad material; que no tiene que ver con la igualdad de ingresos o de riqueza, sino con el bienestar de las personas; que va estar determinado por la cantidad de recursos de que dispone el individuo para la realización de sus fines y a partir de sus intereses reales; desde este prisma, la igualdad se enfoca de manera fundamental al bienestar, haciendo de los recursos un elemento puramente instrumental.

La igualdad económica es soporte de la jurídica, la implementación fáctica del principio de igualdad, resulta una cuestión medular para los Estados, a partir de dos tareas fundamentales, crear la base económica para la realización de los derechos sociales y un engranaje ideológico que permita distinguir a los sujetos en las sociedades sus verdaderas necesidades, aprovechando el avance sostenido de la revolución tecnológica que puede ser puesta a disposición de la calidad de vida del hombre a partir de políticas sociales, económicamente viables y medioambientales, sin caer en el desmedro enajenante tecnológico de la ideología post-moderna²²⁷.

La segunda dimensión es la igualdad política, aquella en que todas las personas que pertenecen a una comunidad —o la amplia mayoría de ellas— pueden participar en la formulación de las normas jurídicas que rigen dentro de esa comunidad, que puedan ser igualmente elegibles para ocupar los cargos públicos que se determinan por medio del sufragio popular, o sea, es el principio de que a cada persona corresponde un voto o la asignación de “una cuota igual de participación en el proceso político decisonal” y en otras formas de participación popular.

En el marco de la extranjería, la igualdad política pasa por la necesaria inclusión del extranjero en los procesos políticos, en la justa medida que sus intereses así lo demanden, ello provocaría un alto nivel de arraigo, beneficioso para el foráneo y un mejor aprovechamiento de la fuerza que se encuentra en su



territorio para los Estados, es así que el sujeto se va a convertir en actor político, va a formar parte del Estado y del proyecto social, lo que además tendrá el efecto de convertir al extranjero, en decisor y guardián de sus derechos y de su igualdad en las normas jurídicas²²⁸, no sólo con la posibilidad de elegir y ser elegido, sino en otros instrumentos de decisión.

El otro nivel para el análisis de la igualdad es el jurídico, la igualdad jurídica se identifica como forma o herramienta para materializar las anteriores y se desarrollan en cuatro tipos principales de normas jurídicas, que contienen mandatos de la igualdad en general:

- ✓ El principio de igualdad en sentido estricto, ya sea como valor y como principio, se conecta con el de la generalidad de la norma como teoría: el entender la igualdad ante la ley como consecuencia de la generalidad propia de la norma legal, supone que todos se sometan igualitariamente al ordenamiento y tengan igual derecho a recibir la protección jurídica que ese ordenamiento reconozca, también la igualdad formal, se asocia a la falta de privilegios legales.
- ✓ El mandato de no discriminación, es una variable del principio general de igualdad que suele acompañarse de una lista de criterios considerados “especialmente odiosos” o sospechosos de violar ese principio general, si son utilizados por algún mecanismo jurídico; o sea, es el postulado constitucional de acuerdo con el cual no se puede tratar de forma distinta, a dos o más personas, utilizando como base o fundamento ciertas características del propio sujeto o del grupo social al que pertenece.
- ✓ La igualdad sustancial, es el mandato para los órganos del Estado de remover los obstáculos a la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer, o incluso a exigir, la implementación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa.
- ✓ Por último, la fórmula de la igualdad compleja es una de las teorías asociadas a la universalidad de los derechos que fusionan todas las concepciones sobre la igualdad.

Ciertamente, la igualdad es el principio que sustenta la atribución de los derechos, deberes y garantías a las personas naturales extranjeras, desde la existencia de plena identidad entre los seres humanos y para que las distinciones que se establezcan contribuyan al logro de la verdadera equivalencia en los supuestos que las cualidades humanas fueran o no, generadoras de diferencias;



por ello, para que la relación jurídica objeto de estudio tribute a la igualdad como valor de las sociedades multiculturales, necesita erigirse constitucionalmente en todas sus dimensiones.

- Principio de soberanía²²⁹, es considerado “coordenada constitucional” de la relación objeto de estudio, toda vez que corresponde al Estado establecer las normas jurídicas que rigen las relaciones con extranjeros y desplegar su poder sobre ellos, con el ejercicio de sus funciones contenidas en la Constitución, fruto de procesos constituyentes cuyo titular es el pueblo. Desde esta postura las organizaciones políticas superiores definen y regulan los derechos, deberes y garantías para los extranjeros, que forman la población residente o flotante que se encuentra en el mismo; lo que es reconocido en la propia Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 40/144 de 13 de diciembre de 1985, en su artículo 21 cuando expresa:

“... Artículo 21. Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegal de una persona natural extranjera en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de personas naturales extranjeras y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y personas naturales extranjeras. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos...”

- Principio de libre circulación²³⁰ como “coordenada constitucional”, se configura como presupuesto y a su vez como derecho, posee toda una construcción jurídica dentro de la relación Estado-persona natural extranjera y tiene la función de resultar pórtico y contenido de la misma; la necesidad de los Estados de regular los flujos es “estructural”, pero al mismo tiempo toda regulación nos parecerá “antinatural” porque chocará con este *ius communicationis*, revelándose la contradicción entre la soberanía y la libre circulación. El reto, por supuesto, está en encontrar el equilibrio entre ambos, en cada una de las tres fases o momentos de la relación Estado – persona natural extranjera, dibujadas a su vez, por los tres



derechos que representan los momentos de los desplazamientos entre territorios de las personas naturales.

Los textos constitucionales en el futuro no podrán desentenderse de los actuales procesos de globalización, desde luego complejos y de desiguales alcances. La globalización, en una de sus vertientes, nos permite una gran capacidad –hasta hace poco desconocida- para trasladarnos de un punto a otro del planeta, atravesando de esa manera las líneas físicas o imaginarias que dividen a los Estados. En los postulados de Derecho Internacional²³¹ se precisa, que cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto del contenido del derecho a la libre circulación debe ser cuidadosamente circunstanciado.

Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad descontrolada a los encargados de su aplicación”, en fin la libre circulación se conecta directamente con el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales, las normas sobre circulación vinculadas a la clasificación migratoria han servido para pautar los derechos, deberes y garantías de los mismos; de ahí la importancia de su consagración y la de sus límites. Es por ello, que esta autora realizó el análisis de las tres fases de la relación Estado – persona natural extranjera como requisito ineludible para valorar el contenido de la misma y única forma de comprender el *status* real de los extranjeros en determinado Estado; ante las posturas de autores que en obras recientes²³² abogan con criterios estériles por desconocer las fronteras, en este informe de tesis se propone la regulación “proporcional” del cruce de las mismas.

- Principio de proporcionalidad como ”coordinada constitucional” secundaria, coadyuva a la adecuada limitación de los derechos de los extranjeros en las Constituciones y leyes de desarrollo; las corrientes más novedosas del constitucionalismo subrayan que el principio de proporcionalidad, ha transitado desde el criterio de control del poder discrecional de la Administración, hasta el control del resto de los órganos que ejercen las diferentes funciones del Estado; de ahí que, el contenido de un derecho sólo es posible limitarlo cuando sea necesario para la protección de otros derechos o de bienes constitucionalmente reconocidos, a partir de lo cual se explica la utilidad de este principio para la relación objeto de esta investigación, la consagración constitucional de este principio traerá consigo, “la necesidad de encontrar una justificación suficiente”, si queremos mantenernos dentro de los márgenes del



principio de legalidad con respecto a la extranjería, para cualquier actuación pública que restrinja el libre desarrollo de los derechos de los extranjeros²³³.

El principio de proporcionalidad²³⁴ – según VILLAVERDE MENÉNDEZ- posee tres sub-principios o elementos para evaluar la pertinencia de la limitación de los derechos, también aplicables a la relación Estado – persona natural extranjera; el de idoneidad, de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, estos deben emplearse de forma escalonada a la medida limitativa, para apreciar la misma:

- ✓ El principio de idoneidad se utilizará como medida restrictiva, que sirve para limitar los derechos de las personas naturales extranjeras por determinada razón que lo justifique; la que además exige, que el medio empleado para ello debe ser el menos excesivo que exista para lograr el límite y la medida restrictiva debe ser idónea, moderada, necesaria y eficiente en razón del fundamento de la limitación e imprescindible para alcanzar los fines perseguidos con la relación Estado – persona natural extranjera, lo anterior se describe en el siguiente principio.
 - ✓ Sub-principio de necesidad, se utiliza para limitar en la relación Estado – persona natural extranjera, los derechos de los extranjeros, cuando en el ejercicio de los mismos puedan generarse conductas representativas de un riesgo cierto y actual para bienes jurídicos constitucionalizados distintivos de intereses económicos, políticos y sociales del Estado.
 - ✓ Subprincipio de idoneidad, se aplica para hallar el equilibrio entre los derechos de las personas naturales extranjeras que han de limitarse y las necesidades o razones para hacerlo.
 - ✓ El principio de proporcionalidad en sentido estricto, se traduce en la necesidad de probar que el daño que se prevé causar al disminuir con ciertos límites los derechos de personas naturales extranjeras, es menor que la existencia de un riesgo cierto, seguro, indiscutible y actual para aquellos bienes jurídicos, representativos de intereses económicos, políticos y sociales del Estado, que son impactados por la movilidad internacional de la población.
- Principio de constitucionalidad: otro de los retos que plantea la formulación actual de la relación Estado – persona natural extranjera, es la desregulación de relaciones sociales trascendentes a contenidos constitucionales como los derechos, deberes y garantías, además las vulneraciones a la



jerarquía constitucional con respecto a los derechos y garantías de los extranjeros; en virtud de estas problemáticas, se erigió el principio de constitucionalidad como "coordinada constitucional" secundaria, que debe contribuir a implementar los presupuestos primarios en la Ley de Leyes y así coadyuvar a evitar las problemáticas anteriores.

Tal como lo define PRIETO VALDÉS, la vigencia del principio de constitucionalidad supone no sólo el reconocimiento de que la Constitución sea la ley de mayor jerarquía dentro del Ordenamiento jurídico de la sociedad, sino se extiende hasta la garantía de su eficacia y aplicabilidad directa en el ordenamiento jurídico como norma de derecho positivo, encaminada a contribuir con la unidad, coherencia y plenitud de los mismos; lo que supone la observancia directa de sus postulados para la aplicación de la Constitución por los legisladores, en el acto de hacer las leyes y por los órganos del Estado en su actuación y disposiciones normativas²³⁵.

En correspondencia con las "coordinadas constitucionales" anteriores, se han diseñado otros presupuestos teóricos que deben orientar la normación constitucional de la relación Estado – persona natural extranjera, los que se definen como reglas de naturaleza doctrinal que permiten armonizar los contenidos de la relación en la Constitución atendiendo a sus fines; o sea, el equilibrio entre los intereses estatales y el reconocimiento y protección de las personas naturales extranjeras. En ese sentido, los presupuestos teóricos fungen en el contenido de la relación Estado – persona natural extranjera, como elemento material para el reconocimiento del extranjero y eje cristizador de la política migratoria de determinado Estado.

Los presupuestos teóricos para la adecuada constitucionalización de la relación Estado – persona natural extranjera, se fijan indicando los principios o coordinadas correspondientes:

- Presupuestos en cuanto a la coordinada constitucional de igualdad
 - ✓ En las Leyes Superiores, la cláusula general de la igualdad debe refrendarse en su naturaleza compleja, de modo que se establezca la igualdad como valor, derecho y principio; en su dimensión de igualdad ante la ley y de no discriminación; señalando como categoría sospechosa de discriminación el origen nacional y la situación jurídica migratoria, añadiéndose la igualdad sustancial y constituyéndose en pórtico de acciones afirmativas.



- ✓ El contenido de los derechos constitucionalmente declarado, debe ser íntegramente respetado, de tal forma que las limitaciones a su ejercicio queden fundamentadas en la titularidad, cuando estas sean atribuidas singularmente a extranjeros, sin desnaturalizar el derecho de que se trate, ni sujeto a límites tales que originen perturbación en el ejercicio del mismo y lo hagan impracticable. En ese sentido, la condición migratoria, será el eje articulador para la atribución de derechos, atendiendo en su dimensionamiento proporcional como se expone *infra*.
- ✓ Las regulaciones jurídicas realizadas por los diferentes órganos del Estado, en torno a la entrada, estancia y salida de los extranjeros, deben ser realizadas sobre la base del respeto a la igualdad.
- ✓ La igualdad ante la ley debe manifestarse en la generalidad de las normas y en virtud del reconocimiento de su personalidad jurídica corresponde a todas las personas naturales el mismo estatuto general, sean ciudadanos, extranjeros y apátridas. El Estado realiza la distinción de los hombres, sobre las necesidades de estos y las condiciones histórico concretas de las sociedades, en materia económica, política, social, cultural, demográfica y ambiental, desdeñando dogmas históricos establecidos, generadores de discriminación y carentes de legitimidad, como el mero *status* de ciudadanía o las diferencias sociales, culturales, profesionales, económicas y demográficas; por tanto, en la cláusula de extranjería debe asimilarse el sistema de igualdad de trato.
- ✓ En el principio de igualdad material, la ley debe convertirse en fuente para la satisfacción de las necesidades económicas, unido a las medidas de igualación positiva o acciones afirmativas, que en materia de extranjería deben dirigirse a resguardar a los extranjeros en situación irregular, refugiados, asilados, víctimas de la trata o del tráfico y aquellas encaminadas a que los residentes permanentes puedan desarrollar su cultura, religión y otras cuestiones afines a su nacionalidad, para evitar el desarraigo de los mismos.
- ✓ En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona natural estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, en virtud de criterios de proporcionalidad, instaurados legislativamente de forma anterior y con los requisitos de publicidad requeridos, atendiendo al contenido de los acuerdos internacionales del Estado.



- ✓ El Estado deberá realizar acciones afirmativas, con el fin de evitar que las restricciones a las categorías migratorias impidan el disfrute de derechos que contiene el *standard* mínimo internacional y deben instrumentarse políticas públicas que potencien la igualdad económica y la política, en materia de salud, regularización, naturalización, espacios culturales; demandando la menor cantidad de acciones subsidiadas, para asegurar que la extranjería como cualidad no se convierta en exclusiva y se revierta el carácter discriminatorio señalado a la misma.
- Presupuestos en cuanto a la coordinada constitucional de la soberanía
 - ✓ La soberanía es fundamento para establecer deberes constitucionales a los extranjeros.
 - ✓ La soberanía se vincula a los límites de la relación Estado – persona natural extranjera, porque si bien no existe subordinación orgánica del Estado con respecto a los restantes sujetos de la Comunidad Internacional en el plano jurídico y las relaciones de integración que surgen en las organizaciones internacionales; el principio de soberanía debe ser ejercitado de forma que no lacere el Derecho Internacional.
 - ✓ Los límites de la relación Estado – persona natural extranjera, serán aplicados por los Estados, en tanto hayan sido aceptados de forma voluntaria por la Comunidad Internacional y acorde con la regulación de los mismos en su Constitución política, los que también han de estar acorde a las reglas del Derecho Internacional²³⁶.
 - ✓ La soberanía y consecuentemente, la territorialidad del Estado es sustento de facultades estatales como expectativas del maniqueísmo relacional teóricamente descrito, entre las que se encuentran: la de expulsión de los extranjeros; autorizar y establecer los requisitos para la entrada, residencia y salida de los territorios; de prohibir o limitar la circulación en estos; celebrar tratados en materia migratoria; restringir los derechos en el marco de su contenido esencial, acorde a los intereses propios y las motivaciones de viajes de los extranjeros, reflejadas en el contenido de las actividades de las diferentes clasificaciones migratorias; así como sancionar conductas lesivas al tráfico migratorio y habilitar los puntos de fronteras para la entrada y salida de naves, aeronaves, vehículos terrestres y personas naturales al país.
 - ✓ La extraterritorialidad, como excepción del principio de territorialidad, permite en el territorio de un Estado la acción de otros, lo que se manifiesta en el reconocimiento y tutela al estatuto



personal del extranjero, coadyuvando a la seguridad jurídica y al respeto de los mismos, que incluye el ejercicio del *jus avocandi* y el *jus protectioni*.

➤ Presupuestos relativos a la coordinada constitucional de la libre circulación:

- ✓ Reconocer como principio – derecho, el que todo individuo posee a entrar, residir y salir de determinado territorio; a partir de la unidad que plantea la igualdad del hombre y la libre circulación, estos derechos pueden ser limitados en virtud de facultades estatales.

➤ Presupuestos relativos a la coordinada constitucional de la proporcionalidad

- ✓ Los derechos de las personas naturales extranjeras pueden ser limitados para alcanzar los fines perseguidos en la relación jurídica, siempre que el medio empleado sea el menos excesivo que exista para lograr el límite y la medida restrictiva eficiente; sólo se limitaran los derechos que representen un riesgo cierto y actual, sobre bienes jurídicos relativos a la economía, la política y la sociedad, logrando el equilibrio entre los intereses económicos, políticos y sociales del Estado y los derechos establecidos para que el extranjero desarrolle su personalidad, en atención a las necesidades que presenten los mismos en el desarrollo de las actividades que motivaron su entrada.
- ✓ En la exposición de motivos de las normas de desarrollo, debe constar que el daño que se prevé causar al disminuir los derechos fundamentales con ciertos límites es menor que la existencia de un riesgo cierto, seguro, indiscutible y actual; se trata sin dudas de establecer la debida compensación de los sacrificios entre bienes, con respecto del objeto perseguido.
- ✓ La situación histórica de carácter social, económica, demográfica y política de los Estados, no permite que se garantice la totalidad de los derechos a todos los extranjeros; por ello, las clasificaciones migratorias se han asumido en la praxis como reglas para su limitación por constituirse expresión de la relación capacidad – necesidad, sin renunciar a su carácter dialéctico y convirtiéndolas en un criterio de inclusión, dejando espacio al *standard* mínimo de aquellos extranjeros irregulares y a la política de regularización.



- ✓ Propuesta metodológica para el reconocimiento de los derechos atendiendo a las clasificaciones migratorias, partiendo de la aplicación de los criterios de proporcionalidad, en función de limitarlos de la manera más ajustada a las condiciones económicas, políticas, sociales y demográficas de los Estados, lo que supone la valoración cualitativa de los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto:
- Extranjeros a los que el Estado puede limitar el ejercicio de aquellos derechos vinculados a servicios públicos, los que puedan ser solventados por los mismos u otros cuyo contenido esencial represente actividades ajenas a sus motivaciones de entrada y estancia, como, por ejemplo, la salud, la educación y el trabajo. Es el caso de los extranjeros que ingresan al país receptor para disfrutar de los servicios turísticos en sus diferentes modalidades, pasajeros en trasbordo o tránsito, o se admiten para el desarrollo de la inversión y el comercio, así como de actividades permanentes con el respaldo de una institución extranjera de carácter científica, religiosa, deportiva, artística y periodística; ya que los mismos son capaces de solventarse económicamente estas necesidades.
 - Extranjeros para los que el Derecho Internacional demanda su protección, a los que ha de garantizarse los servicios sociales vinculados al contenido esencial de determinados derechos, como los asilados, refugiados, extranjeros irregulares, víctimas de la trata y el tráfico o los que se benefician con algún programa de estudio, salud, cultural o comercial, aunque para estos últimos puede tenerse en cuenta lo establecido en los convenios con sus respectivos gobiernos.
 - Extranjeros residentes permanentes, a los que debe reconocerse la totalidad de los derechos enunciados en las Cartas Magnas y garantizarse su ejercicio a partir de la igualdad de trato con los nacionales, incluyendo los derechos optativos constitucionalizados, ya que por su nivel de arraigo social, tienen interés en la toma de decisiones políticas y deben ser destinatarios de acciones positivas de discriminación en función de desarrollar su cultura, religión, costumbre; sin que se menoscabe los intereses sociales de la nación donde se encuentran.



- Presupuestos relativos a la coordinada constitucional de constitucionalidad
 - ✓ La supremacía constitucional debe acreditarse de forma expresa en los textos constitucionales.
 - ✓ En las Constituciones, deben ubicarse los principios que constituyen coordinadas constitucionales como los de igualdad, soberanía y libre circulación, de modo que les permita erigirse como reglas políticas, con efectos *erga omnes* hacia el propio texto constitucional y para las leyes de desarrollo, como guía para la normación e interpretación de la relación Estado – persona natural extranjera.
 - ✓ En virtud del principio de constitucionalidad, debe incluirse de forma expresa, las reglas para la atribución y control de los derechos, deberes y garantías de las personas naturales extranjeras, como vía para interpretar el catálogo de derecho de las mismas.
 - ✓ La cláusula de extranjería, incluida en el texto constitucional, no debe reproducir íntegramente los derechos, deberes y garantías de las personas naturales extranjeras, porque caería en las denominadas reiteraciones constitucionales, que también dañan la coherencia y unidad del texto; estas deben contener normas principios²³⁷ que realicen un reenvío interno²³⁸ al capítulo de los derechos, deberes y garantías de los extranjeros y a las funciones del Estado, precisando sólo el contenido de la misma y las reglas permisibles para la limitación de los derechos, esta atribución debe responder a los presupuestos primarios y a las reglas de proporcionalidad.
 - ✓ En busca de preservar la coherencia y unidad del texto constitucional en su formulación, debe proveerse del uso correcto del lenguaje jurídico, elaborar actos normativos simples que sean accesibles en su comprensión y evitar los términos ambiguos, contradicciones, lagunas, vaguedades y reiteraciones, sobre todo durante el establecimiento de los sujetos en las normas que establecen derechos, deberes y garantías.

Sin dudas, lo anterior representará un salto cualitativo en el manejo multidisciplinario que del fenómeno migratorio y del *status* del extranjero debe realizar el Estado, con trascendencia positiva a la sociedad, basta redimensionar lo que se concibe como Constitución y recordar a VERDÚ al referir



que... “La Constitución suprema sí, pero no es un sistema cerrado y unicompreensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la comunidad para el que ofrece una norma marco“ya no cabe hablar de la soledad de la Constitución y considerarla como un universo cerrado y excluyente, sino de un pluriverso basado en un pluralismo interno, internacional y comunitario”...²³⁹

Como balance en este capítulo, se ha escudriñado el origen y desarrollo histórico y teórico, de la relación Estado – persona natural extranjera y se determinaron como sujetos de la misma, al Estado y a la persona natural extranjera y como su contenido, las modalidades derechos, deberes y garantías, para las personas naturales y las funciones derechos y deberes del Estado; su caracterización a través de los rasgos esenciales y de sus elementos estructurales, permitió definir los presupuestos teóricos, que parten de los principios de igualdad, soberanía, libre circulación, proporcionalidad y constitucionalidad , convertidas en coordenadas constitucionales de tipo primaria y secundaria, que se constituyen ejes de otro conjunto de presupuestos para su incardinación directa e indirectamente constitucional, instituidos pivotes para un posterior y necesario análisis en Cuba.



Epílogo

PRIMERA: El dimensionamiento de los rasgos esenciales y de los elementos que conforman la estructura funcional de la relación Estado – persona natural extranjera, parte de un recorrido histórico, que ha permitido precisar sus antecedentes en las organizaciones políticas esclavistas y el origen de su constitucionalización en la Carta Magna Francesa de 1791. La transformación de su contenido y de las peculiaridades de sus sujetos ha estado condicionada por disímiles factores de índole político, económico y social, permeada desde el punto de vista jurídico y social, por principios que históricamente han definido la posición de los extranjeros frente al poder estatal, como: la igualdad, la libre circulación y el postulado de soberanía; a partir del siglo XIX ha sido notable en el contenido de la relación, la influencia del Derecho Internacional, con la protección diplomática, la consular, la responsabilidad de los Estados, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y el estatuto personal. Constatándose la necesidad de su constitucionalización a partir de las funciones políticas y jurídicas de la Constitución, es la que puede lograr la sistémica funcional del ordenamiento jurídico de extranjería.

SEGUNDA: La indagación histórica desembocó en un análisis comparado de 6 Constituciones vigentes, donde se evidenció la necesidad de fundamentos teóricos para su constitucionalización al arrojar como resultados más significativos, los siguientes:

Principales insuficiencias: Constituidas en herramientas metodológicas que permitirán evaluar que principios generales del Derecho pueden constituirse en fundamentos para la adecuada constitucionalización de la relación Estado – persona natural extranjera, entre las que se encuentran:

- ✓ En algunos textos constitucionales no se regula el *status* del extranjero de forma expresa, reduciendo la posibilidad de activar las funciones constitucionales, ante posibles violaciones de los derechos.
- ✓ Existe afectación en el reconocimiento de los apátridas, cuando no son incluidos en los textos constitucionales y en las legislaciones migratorias.



- ✓ Las contradicciones de la legislación migratoria con los postulados de las Cartas Magnas rompen la coherencia de los ordenamientos jurídicos de extranjería, afectándose el ejercicio de los derechos establecidos constitucionalmente.
- ✓ La asistematicidad de la norma constitucional es palpable en la falta de uniformidad de los contenidos de las cláusulas de extranjería y en la ausencia de principios que resulten *numerus clausus* para limitar los derechos constitucionales de los extranjeros.
- ✓ En los sistemas de igualdad de trato y de equiparación contenidos en las cláusulas de extranjería de la mayoría de los países examinados no se hace mención a las garantías de los derechos.
- ✓ Existe desregulación constitucional con respecto a los derechos optativos constitucionalizados, el derecho de identidad y los relativos a la reagrupación familiar.

Experiencias positivas: constituidas en herramientas metodológicas que permitirán evaluar que principios generales del Derecho que pueden constituirse en referentes para juridificar a posteriori el contenido de la relación y para su configuración teórica:

- ✓ Entre los sistemas de extranjería más utilizados se encuentran la igualdad de trato y la equiparación.
- ✓ En algunos de los textos constitucionales examinados se establecen principios, contenidos en normativas internacionales, relacionados con la expulsión, el asilo y la protección diplomática.
- ✓ Existe la tendencia de otorgar a los extranjeros residentes permanentes derecho al voto en las elecciones locales.
- ✓ Se ha ampliado considerablemente el contenido de los catálogos de derechos y garantías, a partir de la universalización de sus titulares. Se han potenciado las acciones afirmativas, los derechos sociales y se ha incluido la disposición de progresividad. Se identifican grupos vulnerables y se refuerza la protección de los sujetos que se encuentran en situaciones desventajosas.
- ✓ Los deberes son concebidos para los nacionales, pero se extienden a los extranjeros a partir de la igualdad de trato, asumiendo una dimensión distinta al incrementarse con respecto a los



tradicionales, involucrando algunos de especial trascendencia para la relación, vinculados con la diversidad cultural.

- ✓ Se usan fórmulas que logran conciliar la aplicación del Derecho Internacional con el Derecho interno, especialmente con respecto a la protección de los derechos humanos.
- ✓ Se establece constitucionalmente la competencia de los órganos del Estado sobre la migración.
- ✓ Se han constitucionalizado los tres principios que con carácter histórico inciden en la relación, como la soberanía, la igualdad en todas sus dimensiones y la libre circulación como derecho. El principio de constitucionalidad aparece consagrado de manera general, planteando la fuerza jerárquica superior de la Constitución.
- ✓ En el postulado de no discriminación se incluye como categoría sospechosa de discriminación, además del origen, la condición migratoria.
- ✓ Se incorporan como derecho optativo constitucionalizado el deber de defender la patria, así como, el estatuto de refugiado y el asilo como derecho humano.
- ✓ Se acoge el principio de no devolución y la prohibición de las expulsiones colectivas.
- ✓ Se declaran como responsabilidades del Estado, la asistencia humanitaria a las víctimas de la trata y el tráfico de personas, respetar la reunificación familiar e informar inmediatamente al consulado correspondiente sobre la detención de un extranjero.

TERCERA: A partir del análisis histórico, comparado y adentrándonos en las concepciones doctrinales sobre la relación jurídica, se determina que la relación Estado – persona natural extranjera, tiene los rasgos esenciales, determinantes de las características de su juridificación en la norma constitucional y que se convertirán atendiendo a los fundamentos o principios generales esenciales en normas de ordenación del contenido de la misma, los que a continuación se mencionan:

- ✓ Es el vínculo recíproco, dinámico, correlativo, constitutivo, de carácter público y temporal.
- ✓ Puede convertirse *per se*, en fuente de relaciones bilaterales entre Estados.



- ✓ Se manifiesta como una única relación que se divide en tres momentos, fases o etapas cíclicas, entrada, estancia y salida. Cada una resulta presupuesto de la otra.
- ✓ Se establece a partir de que determinado Estado ejerce su poder político público sobre los extranjeros.
- ✓ Se estructura con arreglo a principios como la soberanía, la igualdad y la libre circulación.
- ✓ Se constituyen como sus límites, las normas del Derecho Internacional, el estatuto personal, la responsabilidad internacional, la protección diplomática y consular y el sistema internacional de garantías de los derechos humanos.
- ✓ Posee como fin, aparentemente dicotómico, el logro del equilibrio entre el reconocimiento y protección de las personas naturales extranjeras y los intereses estatales de carácter económico, político y social.

CUARTA: Los elementos estructurales de la relación Estado – persona natural extranjera y contenido constitucional, al que deberán aplicarse los fundamentos son:

- ✓ Los sujetos, el Estado y la persona natural extranjera (en su acepción más amplia, o sea, extranjeros y apátridas).
- ✓ El contenido: compuesto por las situaciones activas (modalidades, contenido de la norma constitucional) como los derechos, deberes y garantías de la persona natural extranjera y las funciones - derechos y funciones - deberes del Estado; así como, las situaciones pasivas (expectativas), que comprenden la responsabilidad de los Estados, (en su condición de sujeto del Derecho Internacional y la de sus funcionarios en el ordenamiento jurídico interno) y la de los extranjeros ante aquel, así como las facultades de unos y otros.

QUINTA: La configuración de presupuestos teóricos para la adecuada constitucionalización de la relación Estado – persona natural extranjera, toma como vértice los principios de: igualdad, libre circulación, soberanía, proporcionalidad y constitucionalidad. Que se convierten en coordenadas constitucionales de tipo primarias y secundarias, derivándose de cada una de ellas las pautas a tener en cuenta, en cuanto a los sujetos y al contenido de la relación, convertido en modalidades, en forma de derechos, deberes y garantías de las personas naturales extranjeras por un lado y las funciones – deberes y funciones – derechos del Estado, por el otro.



Referencias

¹ Para un tratamiento exhaustivo del impacto de la globalización sobre los movimientos migratorios y la movilidad de la población, Cfr. SOROLLA FERNÁNDEZ, I., “Cuba en el actual contexto migratorio internacional”, Ponencia presentada en el III Seminario de Estudios Migratorios Internacionales, Centro de Estudios de las Migraciones Internacionales, Universidad de la Habana, La Habana, 28 y 29 de Junio del 2011; AJA DÍAZ, A., *Al cruzar las fronteras*, Fondo de Población de las Naciones Unidas, La Habana, 2010, *passím*; ÁLVAREZ ACOSTA, M. E., *Siglo XX. Migraciones Humanas*, Editora Política, La Habana, 2005, *passím*; HELD, D., et al., *Global Transformations. Politics, Economics and Culture*, reprinted, Polity Press, Cambridge, 2000, pp. 283-326; HERRERA CARASSOU, R., *Las perspectivas teóricas en el estudio de las migraciones*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2001, *passím*; GROYS, B., *La Ciudad en la era de su reproductibilidad turística* [en línea], disponible en: <<http://www.macuchilecl/catálogos/25bienal/groys/html>>, (consultada el 12/02/2008, 1:p.m.).

² En el tratamiento al tema se destacan la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Unión Europea, el Mercado Común del Sur, (MERCOSUR) y el Sistema de Integración Centroamericano, (SICA); las que han emitido en diversos foros, indicaciones sobre el tratamiento al migrante, V.gr: SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Informe sobre Migración Internacional y Desarrollo”, Foro mundial sobre emigración y desarrollo 2007, [CD] *Mixed Migratory Flows in the Caribbean*, ACNUR – OIM, 5-8 November 2007, Grand Cayman.

³ ...“La primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno de los Estados favorece la hegemonía de los Estados más poderosos, por cuanto las normas del Derecho Internacional son ejercidas sobre la base de las políticas sustentadas en el reconocido poderío político y económico, favorecido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y otras organizaciones económicas internacionales y mundiales”...“La solución sería lograr el justo equilibrio entre la soberanía estatal y la fuerza del Ordenamiento Jurídico Internacional y despojar a los Organismos Internacionales de la hegemonía imperial”..., Vid. LARA HERNÁNDEZ, E., CAÑIZARES A., F., FUNG RIVERON, T., “Globalización, Estado y Derecho”, *Revista Cubana de Derecho*, número 13, enero – junio, Combinado Alfredo López, La Habana, 1999, p. 6. Para valoraciones semejantes, Vid. AA.VV., *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Ediciones Serbal S.A., España, 1985.

⁴ En el criterio de autores como RAMOS CHAPARRO, este es un conflicto nuclear del Derecho contemporáneo en la medida en que la protección universal de la persona queda supeditada a la soberanía nacional, puesto que el Estado en el ejercicio de sus atribuciones es el que establece por vía de Derecho interno las condiciones y los requisitos para la adquisición de la nacionalidad. Esta tensión tiene su origen en dos líneas de pensamiento opuestas que confluyen en la gestación del proyecto jurídico-político de la modernidad: a) de un lado, la línea que se incardina en la corriente liberadora y humanista que constituye una de las constantes de la civilización occidental y que se materializa en las primeras Declaraciones de derechos, con antecedentes en la doctrina de los *iusnaturalistas* clásicos, y que desemboca en la Declaración Universal de Derechos Humanos; b) de otro, la tradición etnocéntrica europea no menos influyente y arraigada que considera a la civilización occidental como la civilización destinada a liderar el mundo, lo cual ha servido para justificar la dominación política, la explotación económica y la opresión cultural. Vid. RAMOS CHAPARRO, E., *Ciudadanía y Familia: Los Estados Civiles de la Persona*, CEDECS, Barcelona, 1999, pp. 228-229. Esta autora no coincide con el carácter irreconciliable que el autor atribuye a la contradicción, a partir de considerar la existencia de las corrientes que potencian el papel del Estado, la experiencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano y el planteamiento de la Ley de la negación de la negación marxista.

⁵ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de hoy S.A., Madrid, 1994, p. 35.

⁶ El multiculturalismo, en cuanto hecho, se concibe como la convivencia en un mismo espacio social de personas identificadas con culturas diferentes; mientras que en su sentido normativo, o sea, como proyecto político, el multiculturalismo se identifica con el respeto a las identidades culturales más allá de la mera coexistencia, Vid. LAMO DE ESPINOSA, E., “Fronteras culturales”, LAMO DE ESPINOSA, E. (editor), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Alianza, Madrid, pp.13-79. Además deben distinguirse conceptualmente los términos multiculturalidad e interculturalidad, la multiculturalidad se presenta como un dato fáctico, un hecho social caracterizado por la existencia de manifestaciones culturales diversas, por la presencia de diferentes códigos culturales en una misma sociedad; se trata pues de sociedades multiétnicas con diferentes identidades culturales basadas en diferencias étnicas, lingüísticas, religiosas o nacionales. La interculturalidad, por el contrario, es un concepto normativo referido a un determinado modelo de respuesta al fenómeno de la multiculturalidad, pertenece al ámbito de los valores,

los ideales, del deber ser, *Vid.* DE LUCAS, J., "¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del derecho frente al proyecto intercultural", NAÏR, S., y DE LUCAS, J., *El desplazamiento en el mundo. Inmigración y temáticas de identidad*, IMSERSO, Madrid, 1998, pp. 227-228; SARTORY, G., *La Sociedad Multiétnica, Pluralismo, Multiculturalismo y Extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001, *passim*; KYLIMCKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1995, *passim*.

⁷ No se refiere a la etapa del constitucionalismo sistematizada por Asensi Sabater.

⁸ *Vid.* CARBONELL, M., "Los retos del Constitucionalismo en el siglo XXI", AA.VV., *El Nuevo Constitucionalismo en América Latina. Memorias del Encuentro Internacional. El Nuevo Constitucionalismo. Desafíos y Retos para El Siglo XXI*, Corte Constitucional de Ecuador, Editora Nacional, Quito, 2010, pp. 53 y ss. También se pronuncia en este sentido, NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM, Serie doctrina jurídica número 156, México, 2003, pp. 247 – 317.

⁹ Es claro que la ordenación de la relación jurídica no es suficiente como alternativa para gestionar los retos que comporta una sociedad con una presencia importante de población inmigrante o foránea, pero la ley establece el mínimo sin el cual no es posible la convivencia y eso es particularmente importante para transformar la realidad social. Sobre la función de la relación jurídica, *Cfr.* VALDÉS DÍAZ, C. *et al.*, *Derecho Civil. Parte General*, 2ª reimpresión, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 96 y 117; JAWITSH, L.S., *Teoría General del Derecho*, Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 191; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil. Introducción y Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, volumen I, 8ª edición, Tecnos S.A., Madrid, 1994, p.16; VALDÉS DÍAZ, C., (Coord.), *Compendio de Derecho Civil*, Félix Varela, La Habana, 2004, p.134; RAPA ALVAREZ, V., "La relación jurídica categoría esencial en el nuevo Código Civil", *Revista Jurídica*, número 19, Abril 1988, año IV, Ediciones Cubanas, p.113; PERAZA CHAPEAU, J. (Comp.), *Selección de lecturas de Derecho Constitucional...*cit., pp. 192- 194.

¹⁰ La estructura funcional de la relación jurídica, comporta sus elementos estructurales, no como entes aislados, sino en su dinámica funcional.

¹¹ A juicio de prestigiosos investigadores de las Ciencias Sociales en Cuba, las relaciones Estado – individuo es un tema que debe potenciarse en su estudio, *vid.*, *per omnia* PAULA ESPINO, M., "Cuba la hora de las Ciencias Sociales", AA.VV., *Introducción a la sociología*, tomo III, Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 485-487. Su definición ha sido trabajada en la doctrina jurídica por autores cubanos y extranjeros, *V. gr.*: ALONSO de, A., *Derecho Constitucional Español*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 23- 26; HERRERO DE MIÑÓN, M., "La Constitución como pacto", *Revista de Derecho Político*, número 48, Madrid, 1998, pp. 15 – 31; FUNG RIVERON, T., "Aproximándonos a la noción de sociedad civil", AA.VV., *Democracia, Derecho y Sociedad Civil*, Ciencias Sociales, La Habana, 2000, p.71; PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y PRIETO VALDÉS, M., "Los derechos fundamentales. Algunas consideraciones doctrinales necesarias para su análisis", PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y PRIETO VALDÉS, M. (Comp.), *Temas de Derecho Constitucional cubano*, 2ª reimpresión, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 300 - 308.

¹² Sobre el nuevo rol del Derecho Constitucional, sus retos y características actuales, *Cfr.* DEL CABO, A. y PISARELLO, G., *Constitucionalismo, Globalización y Crisis del concepto de soberanía*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2000, *passim*; CARBONELL, M., "Los retos del Constitucionalismo del Siglo XX",...cit., pp. 51-63; JÁUREGUI, G., "Estado, Soberanía y Constitución. Algunos retos del derecho", *Revista de Derecho Político*, número 44, Madrid, 1998, pp. 45- 76; DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural...* cit., *passim*.

¹³ La conclusión emitida en el texto principal tiene como sustento el análisis realizado a los autores que han abordado el objeto de estudio de las diferentes ramas del Derecho, GARCÍA ENTERRÍA, E. y R. FERNÁNDEZ, T., *Curso de derecho administrativo*, 13ª edición, Arazandi S.A., Madrid, 2006; ASENSI SABATER, J., *Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Materiales para una introducción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp.77- 79; AA.VV., GUERRA, S. (Coord.), *Tratado de Direito Internacional*, Freita Batos, Río de Janeiro, 2008, pp. 315 y ss; PÉREZ VERA, E., *Derecho Internacional Privado*, 8ª edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1998 pp. 3 y ss; ROUGÉS, F. M., "El estudio de la nacionalidad, naturalización y condición jurídica del extranjero: la problemática en la ubicación de su estudio"[en línea], disponible en: <<http://agro industrial.com.or/MERCOSUR>>, (consultada el 2011.09.28, 3:p.m.). No puede obviarse, que los especialistas en Derecho Civil, indirectamente abordan el tema del *status* del extranjero, vinculado al Estado Civil y asociado a la nacionalidad, bajo el influjo de la fuerte tradición romanista, *vid.*, *per omnia*, MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo I, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907, pp. 152-175.

¹⁴ Entre los propios estudiosos tampoco hay consenso en torno a los conceptos fundamentales, necesarios para el estudio del tratamiento jurídico a los extranjeros en su posición frente al Estado y utilizan indistintamente *status*, situación jurídica y condición jurídica, de las diferentes ramas del Derecho que han abordado los mismos, *Cfr.* CONTRERAS Vaca, F., *Derecho Internacional Privado*, Parte General, 3ª edición, Oxford, México, 1998, p. 89; VERDROSS, A., *Derecho*

Internacional Público, Aguilar, Madrid, 1957, pp. 270-271; VALDÉS DÍAZ, C. (Coord.), *Derecho Civil. Parte general, ...cit.*, p. 101; GARCÍA ENTERRÍA, E. y R. FERNÁNDEZ, T., *Curso de derecho administrativo, parte 2, ...cit.*, p. 245.

¹⁵ Cfr. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, A., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Talleres topográficos Carreras y cia, La Habana, 1941; *La autarquía personal. Estudios de derecho internacional privado*, Imprenta siglo XX, La Habana, 1944; LANCÍS Y SANCHEZ, A., *Derecho Administrativo*, 3ª edición, Cultura, La Habana, 1952; GOVIN Y TORRES, A., *Elementos teórico prácticos de Derecho Administrativo vigente en Cuba*, tomo II, Impreso Burgay y Zin, Cuba, 1954; CASASUS, J.E., *La Constitución a la luz de la doctrina magistral y de jurisprudencia*, Printed by cultural S.A., Habana, 1946; LAZCANO MAZÓN, A. M., *Constitución de Cuba*, Cultura Hispánica, Madrid, 1952; GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, G., *Constitución de la República de 1940*, Lex, La Habana, 1941; INFIESTA, R., *Derecho Constitucional*, Imprenta P. Fernández y Cía, La Habana, Cuba, 1950; PIEDRA PIEDRA, C. M., *La constitución y el Tribunal Supremo*, Cultura. S.A., La Habana, 1943.

¹⁶ Cfr. DÁVALOS FERNÁNDEZ, R., *Derecho Internacional Privado*, parte 2, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, La Habana, 1990; ECHEMENDÍA, J. M., *Derecho Internacional Privado II*, Parte Especial, Facultad de Derecho, Serie Derecho, número 3, Imprenta Universitaria, Universidad de Oriente, 1979, pp. 18-27; DÁVALOS FERNÁNDEZ, R., SANTIBÁÑEZ FREIRE, M. C., PEÑA LORENZO, T., *Derecho Internacional Privado, ...cit.*, pp. 17-26.

¹⁷ La entrevista realizada se configuró *en profundidad*, pues la información recogida se logró mediante una interacción entre la investigadora y los entrevistados, influyendo ambos mutuamente en la configuración de la propuesta; clasifica como *individual*, o sea, de persona a persona; holística, la entrevista gira en torno un punto, con el que opera la entrevista enfocada y recorre una panorámica de temas conexos en torno a la misma; enfocada pues se centró para dar respuesta a las interrogantes planteadas; y semiestructurada pues si bien los puntos en debates no se definen mediante la confección de un cuestionario, sirven de guía para ello los nodos y aspectos recogidos en el modelo. Vid. RUIZ OLABUÉNAGA, J. I., *Metodología de la investigación cualitativa*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp.18- 45.

¹⁸ La muestra seleccionada fue de 54 especialistas, 26 profesores universitarios cubanos de las Universidades de Holguín, Santiago de Cuba, Ciudad Habana, Camagüey, las Villas y el Instituto Superior de Relaciones Internacionales; 4 profesores universitarios extranjeros. A los que se suman 20 especialistas, en instituciones como los Bufetes Especializados, la Dirección Nacional de Inmigración y Extranjería del Ministerio del Interior, el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Cuba, el Consejo de Ministros, la Asamblea Nacional, el Ministerio de Justicia y la Oficina de Naciones Unidas en Cuba, Centro Internacional de la Habana, Tribunal Supremo, Fiscalía Provincial Santiago y PCC; además de 4 profesores de otras especialidades, del CEMI y el CEDEM.

¹⁹ La triangulación es la metodología que permite la utilización coordinada de diferentes, perspectivas, datos, investigadores y en lo fundamental métodos; ya que estos últimos revelan facetas ligeramente diferentes de una realidad simbólica, constituyendo una línea diferente de visión dirigida hacia el mismo punto, la observación e interpretación de la realidad social y simbólica, al combinar varias de estas líneas se obtiene una visión mejor y más sustantiva, un conjunto más rico y más complejo de símbolos y conceptos, convirtiéndose así en una “póliza de seguro” en la validez de la investigación. Para mayor información sobre la triangulación Vid., RUIZ OLABUÉNAGA, J. I., *Metodología...cit.*, pp. 109- 117.

²⁰ Discurso de *Eusebio Leal Spengler, Memorias II Conferencia la Nación y la Emigración*, Archivos Oficina del Historiador de la Ciudad de la Habana, p.51.

²¹ Se utilizan los términos, organizaciones políticas y comunidad política, para referirse a los Estados premodernos.

²² Aunque puede señalarse el incipiente tratamiento al extranjero en otras organizaciones políticas esclavistas, como Egipto, el Pueblo Hebreo y la India, no serán abordados en este trabajo porque sus regulaciones no resultaron las más trascendentes y avanzadas. Para consultar sobre las anteriores, Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Siete milenios de Estado y de Derecho*, tomo I, Ciencias Sociales, La Habana, 2008, pp.59-77, 377-384; *Santa Biblia*, Antigua versión de Casiodoro de Reina 1569, revisada por Cipriano de Valera 1602, Nomos S.A., Colombia, 1978, pp. 79 y 188.

²³ Sobre el ejercicio del poder en esas organizaciones políticas, Vid. GARCÍA COTARELO, R. y DE BLAS HERRERO, A., *Teoría del Estado y Sistemas políticos*, UNED, Madrid, 1986, pp. 37-39.

²⁴ Se consideraron extranjeros en estos pueblos: los individuos esclavizados de las poblaciones vencidas en las guerras, los soldados enemigos y los hombres libres de otras tribus a los que tampoco las leyes les reconocían su personalidad jurídica. En Esparta se les llamaron *penecos* e *ilotas*, en Atenas *isoletes*, *metecos* y *bárbaros* y en Roma los individuos libres se dividían en ciudadanos (*civus*) y no ciudadanos; a los no ciudadanos se denominaron *perigrinis* y hasta aproximadamente entre los años 242 y 246 a.n.e, cuando eran parte de un contrato de hospitalidad se nombraron *clientes*. Para ampliar, Cfr. DE ORUE Y ARREGUI, J. R., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Instituto

Reus, Madrid, 1952, pp. 222 y ss; DÍAZ LÓPEZ, L., *Historia del Derecho Antiguo*, Universidad Santa María la Antigua, Marlo de León, 1987, *passim*; PÉREZ VERA, E., *Derecho... cit.*, p.107.

²⁵ Sobre el tratamiento dispensado al extranjero por las leyes de las organizaciones políticas mencionadas, *Cfr.* PLUTARCO, *Vidas paralelas*, Revolucionaria, La Habana, 1979, pp. 45 y ss; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Siete milenios de Estado y de Derecho...* *cit.*, pp. 161-225, 385-387; PAZ MESA, M., *Génesis y formación del Derecho Internacional Privado. [Una Aproximación Histórica]*, Tesis en opción al Grado de Doctora en Ciencias, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Alicante, España, 2007, pp. 56-78; DE ORUE Y ARREGUI, J. R., *Manual de Derecho Internacional Privado...* *cit.*, p. 222 y ss.

²⁶ El desprecio a los extranjeros en Grecia se expresó en la *Ilíada* cuando HOMERO puso en boca de Aquiles, la frase: “Como si yo fuera un extranjero sin derechos”, *Vid.* HOMERO, *Ilíada*, Revolucionaria, La Habana, 1969, p. 22.

²⁷ El escaso progreso de la legislación griega con respecto a la romana, e incluso, los avances y retrocesos en el tratamiento a los extranjeros en esta última, se manifestaron en la concepción de la igualdad del hombre en las diferentes tendencias filosóficas de la época, *V. gr.* PLATÓN defendió las diferencias entre ciudadanos y extranjeros, además del control de los últimos, al expresar: “No sólo las visitas de los ciudadanos a los países extranjeros estarán sometidas al control del Estado, sino que también vigilará éste las visitas de los viajeros que vengan de fuera, a quienes vengan por motivos puramente comerciales no se les dará pie, ni estímulos para que se mezclen con los ciudadanos, mientras que a los que vengan para asuntos aprobados por el Estado se les tratará honrosamente como a huéspedes oficiales del consejo nocturno”; *vid.*, COLESTON, F., *Historia de Filosofía. Tarde Medieval y Filosofía de Renacimiento*, volumen III, parte I, [en línea], disponible en: <<http://www.fd.uo.edu/cu/asiganaturas/librosnuevos/bilioderecho/filosofia/Copleston>>, (consultada el 12/02/2008, 1:p.m.). Para profundizar en la obra de PLATÓN, *Vid.* ABBAGNANO, N., *Historia de la filosofía*, tomo II, Félix Varela, La Habana, 2008, pp. 42-44, 94, 97, 202, 214, y 283. Puede verse además las concepciones de ARISTÓTELES y SÉNECA, *Cfr.* AA.VV., *Textos de los grandes filósofos. Edad Antigua*, Herder, Barcelona, 1982, p.102; FASSÓ, G., *Historia de la filosofía del derecho III*, Biblioteca Eudema, Ediciones Pirámides, 1996, p. 95. Sobre la igualdad podrá consultar otras valoraciones *infra*.

²⁸ Sobre el *status* del extranjero en la organización política romana en períodos distintos de su desarrollo y contenido, *Cfr.* DIHIGO, E. *et al.*, *Derecho Romano*, tomo I, 1ª Parte, Ministerio de Educación Superior, Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, 1987, *passim*; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción, prólogo y notas a la edición española de J. D. Martínez, Civitas S.A., Madrid, 1986, *passim*; BONFANTE, P., *Instituciones del Derecho Romano*, Reus, Madrid, 1929, *passim*; MALLO, E. Julián y FABRE, M. C., “Situación jurídica del extranjero, evolución del *status* de extranjero en el Derecho privado romano. Relación e interdependencia del Derecho civil y el Derecho extranjero”, [en línea], disponible en: <www.edictum.com.ar/miWeb4/Enrique%20Mallo%20y%20Maria%20Fabre.doc>, (consultada el 2012.07.09, 1:00 p.m.), p. 23.

²⁹ TRIGO SÁNCHEZ, M., *Derecho Natural, Lecciones de Teoría del Derecho, caracteres y categorías básicas del Derecho*, [en línea], disponible en: <http://www.adalog.es/juegos_juridicos/documentos%5C1000320.htm>, (consultada el 2011.05.25, 3:p.m.), p. 28. El *ius gentium* surge vinculado a la necesidad de expansión económica, teniendo como pórtico la aceptación en Roma del *ius migrandi*, que resultó la inclusión de la ciudad del peregrino en la órbita romana. Para ampliar sobre el Derecho de Gentes, *Cfr.* FERNÁNDEZ BULTÉ, J., CARRERAS CUEVAS, D. y YÁNEZ, R. M., *Manual de Derecho Romano*, reelaboración de siete capítulos del Tomo I de Historia del Estado y el Derecho en la Antigüedad, Revolucionaria, La Habana, Cuba, 1981, *passim*; KOVALIOV, S.L., *Historia de Roma*, 2 t, Revolucionaria, La Habana, 1968, *passim*.

³⁰ Los estoicos, se decían ciudadanos del mundo porque todos los hombres estaban unidos a Dios por la razón y en virtud de su origen, lo que se evidencia en expresiones como estas: “Si hemos comprendido la organización del universo, si hemos comprendido que «la principal y más importante de todas las cosas, la más universal, es el sistema compuesto por los hombres y Dios, que de él proceden todos los orígenes de todo lo que tiene vida y crecimiento en la tierra, especialmente los seres racionales, porque ellos solos por naturaleza participan de la sociedad divina, por estar unidos a Dios por la razón», ¿por qué no nos hemos de llamar ciudadanos del mundo?”, *Vid.* AA.VV., *Textos de los grandes filósofos, Edad Antigua, ... cit.*, p.102.

³¹ Sobre la filosofía romana, *Vid.* LEVI, A., *Historia de la filosofía romana*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, *passim*.

³² Para profundizar en estas instituciones, a lo largo de la historia de Roma y de otras civilizaciones mencionadas, *Vid.* AA.VV., *Historia general de las civilizaciones*, volumen I, II y III, Revolucionaria, La Habana, 1966, *passim*; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Siete milenios de Estado y de Derecho...* *cit.*, pp. 232 -340, 387 - 403.

³³ En esta etapa, no tuvo una importancia significativa el concepto de ciudadanía, que fue asimilado al de súbdito, por la falta de unidad estatal para reconocerles derechos a las personas, las reglas para la adquisición de este *status* respondieron al afán de los señores por obtener dinero, a través, de las contribuciones de los vasallos, debilitándose incluso la idea de ciudadanía esencialmente tribal de la antigüedad, donde la única justificación para hacer distintos a otros individuos, era su condición de “extraños” al grupo en que se encontraban, por la etnia, la religión y las costumbres. En consecuencia, en el feudalismo el individuo estuvo sometido a una multiplicidad de pertenencias, privilegios y jurisdicciones de diferentes naturalezas. Vid. TASÉ POLANCO, I., *La ciudadanía en la legislación cubana*, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 1984, p. 2.

³⁴ El Derecho de *aubana* se extendió en Francia, durante todo el período feudal y aproximadamente hasta el siglo XVIII, sostenía a las personas prácticamente en la esclavitud, v.gr., en Francia los *aubanos* no podían heredar, ni transmitir intervivos sus bienes, pagaban el *chevage* o capitación por la residencia en los feudos y el *formariage*, para ejercer el derecho al matrimonio; también existía la detracción que era un por ciento que el señor feudal retenía de sus herencias. Por su parte, el feudalismo español tuvo características similares al francés y en el siglo X también se nombraban a los extranjeros *aubanos*, constando de esta manera en las Ordenanzas de San Luis; sin embargo, antes que en Francia, España anuló este Derecho tácitamente, a partir de las Leyes del Fuero Juzgo, en sus Libros II y V. Para ampliar, Vid. DE ORUE Y ARREGUI, J. R., *Derecho Internacional, ...cit.*, p. 346.

³⁵ Sobre el tránsito del feudalismo al capitalismo, esencialmente en el desarrollo de las relaciones de producción, Vid. MARX, C., *El Capital, Obras Escogidas*, tomo II, Progreso, Moscú, 1971, pp. 45 y ss.

³⁶ La presentada en el texto, corresponde a la concepción del estatuto personal enunciada por la escuelas italiana medieval, española, holandesa y la Escuela Estatutaria de BALDO; sobre las anteriores y la evolución de la institución en este período, Cfr. BALLESTRA, R., *Manual de Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Artes Gráficas Candill, Buenos Aires, 1993, p. 344; ACOSTA, C., *Estudios de Derecho Internacional*, América, Madrid, 1925, p. 234; ALCORTA, A., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Buenos Aires, 1910, pp. 87 y ss; ASSER, TMC y RIVIER, A., *Derecho Internacional Privado*, traducción Joaquín Fernández Prida, La España Moderna, Madrid, 1929, p. 456.

³⁷ Sobre el movimiento migratorio de la época, Vid., ÁLVAREZ, M. E. y AJA, A. (editores), *Las migraciones humanas en el contexto de las relaciones internacionales* (Universidad para Todos), tabloide número dos, parte primera, Imprenta Federico Engels, 2009, pp. 1- 6.

³⁸ Sobre el proceso de formación de los Estados nacionales, sus características y la concepción de la nacionalidad, Cfr. CRISTÓBAL PÉREZ, A., *El estado–nación. Su origen y construcción. Un tema de metapolitología*, Ciencias Sociales, La Habana, 2008, p. 47; BREULLY, J., *Nacionalismo y Estado*, Pomares – Corredor, Barcelona, 1990, pp. 23, 44, 56-67; JÁUREGUI GURUTS, A., *El Estado Nación*, 29, Barcelona, 2004, *passím*.

³⁹ Alrededor de los elementos y rasgos del Estado no existe consenso doctrinal y entre los criterios más aceptados se encuentran, los que determinan como sus elementos, al territorio, la soberanía y la población y como sus rasgos, la territorialidad y el poder político público. El tema no sólo es trascendente a la teoría del Estado, sino al Derecho Internacional, al respecto QUINTANA CRUZ, explica que en la Comunidad Internacional se toma como referente para el reconocimiento de los Estados, la existencia del territorio, el gobierno, la soberanía y la población. Cfr. DUGUIT, L., *Manual de Derecho Constitucional*, volumen I, por F. Beltrán, Madrid, 1921, pp. 357-421 y 95-97; DABIN, J., *Doctrina General del Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México d.f, 2003, pp. 111-121; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Estado*, tomo I, segunda reimpresión, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 47-62; HAURIU, A., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, traducción de J. A. González Casanova, Ariel S.A., Barcelona, 1971, pp. 114-147; MARX, C. y ENGELS, F., *Manifiesto del Partido Comunista*, Lenguas Extranjeras, Moscú, 1953, pp. 33-39; CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, versión española de J. L. Deprete, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pp. 21-28; MANOV, G. (Dtor.) *et al.*, *Teoría marxista leninista del Estado y el Derecho*, traducción J. PERAZA CHAPEAU, Ciencias Sociales, La Habana, 1981, pp. 34 -36; KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 247; ZHIDKOV, O., V. CHIRKIN y Yu. YUDIN, *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el Derecho*, Combinado poligráfico, La Habana, Cuba, 1979, p. 34; ENGELS, F., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Ciencias Sociales, La Habana, 1975, pp. 319- 320; CAÑIZARES ABELEDO, Fernando D., *Teoría del Estado*, Combinado Poligráfico Juan Marinello, Guantánamo, 1979, p. 34; TUNKIN, G., *Curso de Derecho Internacional*, volumen I, Progreso, Moscú, 1979, pp. 36 y 37; QUINTANA CRUZ, D., “Los sujetos del Derecho Internacional“, AA.VV, *Temas de Derecho Internacional Público*, Félix Varela, 2006, p 129.

⁴⁰ La relación citada *supra*, se establece entre el Estado y sus súbditos o entre el primero y los extranjeros, a partir de que se reconociera la personalidad jurídica a todos, que le permitía ser titulares de determinados derechos y obligaciones, centro general de apropiación o atribución de los efectos que producen las relaciones jurídicas en las que

intervenían. Como principio de Derecho Internacional, se consolida en el Tratado de *Westfalia*, en 1648, posterior a la fecha que se analiza *supra* y al respecto, la Organización Internacional para las Migraciones, lo ubica como el pórtico para la humanización del tratamiento al extranjero en el Derecho Internacional. Sobre el significado del reconocimiento de la personalidad jurídica, *Cfr.* ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Cuaderno de trabajo para las migraciones IV. Evolución de la protección jurídica de los trabajadores migratorios en el Derecho Internacional*, Publicaciones de Naciones Unidas, Costa Rica, 2005, pp. 34-46; D ESTEFANO PISANI, M., *Breve historia del Derecho Internacional*, Ciencias Sociales, La Habana, 2003, p. 45.

⁴¹ Sobre las figuras enunciadas, *Cfr.* DE VITORIA, F., *Relaciones teológicas*, Edición crítica por el Ministro Fray G. Alonso Getino, tomo II, Salamanca, 1947, pp. 357- 358; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., "La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, tomo VIII, Gráficas Ancora S.A., Madrid, 1991, pp. 29-54; FERNÁNDEZ DEL VALLE, A. B., *Filosofía del Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México d.f, 2000, pp. 8, 38, 39, 40, 46, 50, 51, 60, 65, 66, 106, 267, 372; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., "El Legado de Grocio y el Concepto de un Orden Internacional Justo", AA.VV., *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor A. Truyol y Serra*, tomo I, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pp. 608 y 612-613.

⁴² *Vid.* GÓMEZ ROBLEDO, A., *Fundadores del Derecho Internacional Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México d.f, 1989, pp. 9, 10 y 11.

⁴³ En ese sentido, BOULLENOIS en su "Tratado sobre la personalidad y territorialidad de las leyes" y VATTEL en el capítulo VIII del libro segundo de su Derecho de Gentes, dedican un espacio para las "reglas respecto de los extranjeros". *Vid.*, VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, 5ª edición, Aguilar, Madrid, pp. 48- 59; TRUYOL Y SIERRA, A., *Historia del Derecho Internacional Público* [en línea], disponible en: <<http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/biblioderecho/derechointernacionalpublico>>, (consultada el 2011.06.21, 3:p.m.), pp. 9, 10, 11.

⁴⁴ Durante estos siglos se mantuvo la tendencia en el tratamiento al extranjero, *v.gr.*: la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de Felipe II, la Novísima Recopilación y la Ley II de Felipe V promulgada el 16 de junio de 1703, *Vid.* DE ORÚE Y ARREGUI, J. R.,...*cit.*, p. 346.

⁴⁵ *V.gr.*: Los Tratados de Paz y Alianza, del 3 de abril de 1559, suscrito entre Francia y España, en el que se acuerda la libertad de entrada, estancia y salida para los súbditos de las partes contratantes y la posibilidad de celebrar negocios en los correspondientes territorios; la Convención de 19 de marzo de 1641, entre España y Dinamarca, que autorizó a ejercer la religión de origen a los extranjeros en los Estados contratantes. *Vid.* ÁLVAREZ -VALDÉS Y VALDÉS, M., *Evolución del Estatuto del Extranjero en el Derecho Histórico Español*, Tesis para aspirar al título de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, p. 367.

⁴⁶ Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 27 de agosto de 1789 [en línea], disponible en: <<http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/biblioderecho/derechoconstitucional>>, (consultada el 2011.06.21, 3:p.m.). Sobre el significado de dicha Declaración, FERRAJOLI afirma que: "desde que la Declaración de 1789 estableciera esta distinción "homme y citoyen, persona y ciudadano, personalidad y ciudadanía forman desde entonces, y en todas las constituciones (...), los dos status subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: los *derechos de la personalidad*, que corresponden a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas, y los *derechos de la ciudadanía*, que corresponden en exclusiva a los *ciudadanos*", *Vid.* FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*,...*cit.*, p. 99.

⁴⁷ Sobre la concepción *ius* filosófica de los derechos en la época, *Cfr.* LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, p.88; HOBBS, T., *Leviatán*, Alianza, Madrid, 1989, pp. 56-67; ROUSSEAU, J. J., *El contrato social o principios del derecho político*, [en línea], disponible en: <<http://www.fd.uo.edu.cu/biblioderecho/librosnuevos/>>, (consultada el 2011.06.21, 3:p.m.), pp. 78-83. Para ampliar sobre algunas valoraciones modernas acerca de los derechos en aquella etapa, *Vid.*, JANINE RIBEIRO, R., "Thomas Hobbes o la paz contra el clero", BORON, A., *La filosofía política Moderna de Hobbes a Marx*, Ciencias Sociales, La Habana, 2007, pp.11-40. VÁRNAGY, T., "El pensamiento jurídico de Jhon Locke y el surgimiento del liberalismo", *Ídem*, pp. 41-82; CIRIZA, A., "A propósito de Jean Jacques Rousseau. Contrato, educación y subjetividad", *Ibidem.*, pp. 84-118. Mayor información sobre la dogmática de los derechos, *Vid. infra epígrafe 1.2.2.*

⁴⁸ Las libertades públicas son concebidas en la literatura francesa como esferas autónomas libres de intromisión estatal de los diferentes individuos y grupos; se crearon para evitar la intromisión del Estado en los derechos civiles de las personas, pero coinciden en su contenido y significado con los derechos públicos subjetivos. *Vid.* SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927, p. 89.

⁴⁹ Para consultar el texto del Decreto anterior, *Vid.* BALESTRA, R., *Derecho... cit.*, pp. 53 y ss.

⁵⁰ Constitución Francesa de 1791. Título VI: “La Constitución no admite el derecho de *aubano*. Los extranjeros establecidos o no en Francia, suceden a sus padres, sean extranjeros o franceses. Pueden contratar adquirir y recibir bienes sitios en Francia y disponer de ellos al igual que todo ciudadano francés, por todos los medios autorizados por las leyes. Los extranjeros que se encuentran en Francia están sometidos a las mismas leyes penales y de policías que los ciudadanos franceses, salvo las convenciones establecidas con las potencias extranjeras, sus personas, sus bienes, su industria y su culto están igualmente protegidos por las leyes”. Para consultar este precepto, *Vid.* MIRKINE OUÉTZÉRICH, B., *Derecho Constitucional Internacional*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, p. 40.

⁵¹ *Ídem*, p. 39.

⁵² “Artículo 4: Todo extranjero que haya cumplido 21 años, que esté domiciliado en Francia por más de un año y viva allí de su trabajo o adquiera propiedad, contraiga matrimonio con mujer francesa, adopte a un hijo o alimente a un anciano, todo extranjero de quien juzgue el cuerpo legislativo que merece en bien de la humanidad, será admitido a los derechos del ciudadano francés (...) Artículo: 120. El pueblo francés da asilo a los extranjeros desterrados de su patria por la causa de la libertad, se le niega a los tiranos”, *Vid. Ibídem*, pp. 40 – 43.

⁵³ Sobre la igualdad jurídica y en las concepciones del período, *Vid.* LOCKE, J., *Segundo tratado sobre...cit.*, p. 89; ROUSSEAU, J. J., *El contrato...cit.*, pp. 78-83; MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, pp. 58-64. Posturas más reciente de la igualdad, *Vid. infra*, en este acápite y en el epígrafe 1.3.

⁵⁴ Años más tardes, en pleno siglo XX Kelsen expuso la frase citada, al analizar desde la perspectiva del Derecho Internacional, el significado de la ciudadanía y los derechos de los extranjeros. Al respecto, expresó que la verdadera fundamentación de la distinción entre extranjeros y nacionales, no está en el Estado, sino en el Derecho Internacional, porque la ciudadanía es un elemento, que el Estado toma como razón para el deber de defensa y la protección diplomática. *Vid.* Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, traducción de L. Legaz Lacambra, Labor S.A., Buenos Aires, 1934, p. 175.

⁵⁵ En este siglo fue trascendental la movilidad internacional de personas, emergió otro sistema de migración laboral – trabajo, distinto a la esclavitud practicada en las colonias; en el mismo, los trabajadores aceptaban un contrato para laborar por un período específico de tiempo, pero en la práctica, su condición no era distinta a la de un esclavo e incluso algunas veces podría ser peor, surgieron también nuevas tecnologías industriales, la mecanización de los medios de producción y la consolidación de la actividad industrial. *Vid.* ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Cuaderno de trabajo para...cit.*, p. 35.

⁵⁶ Entre las concepciones de la igualdad en el siglo XX, se encuentran las de LOVELEGE, Kelsen, Rawls, Bobbio. Merece especial atención, JOHN RAWLS, que asocia la igualdad a la justicia y enuncia los principios de la justicia, *Vid.* RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Facultad de Ciencias Económicas, UNAM, México, 1993, pp. 45-54.

⁵⁷ El precursor del universalismo y el cosmopolitismo en la filosofía jurídica fue KANT. En su “*Tratado para la paz perpetua*”, publicado en 1797, reafirma la idea de que los Estados, como miembros de la federación, estarían en paz si entre otros elementos, respetasen el derecho de los extranjeros, los que no deberían ser tratados como enemigos. Por otra parte, lo hacen importante para nuestro objeto de investigación, sus nociones sobre el cosmopolitismo, expresadas en su obra “*Ideas para una historia universal*”, donde planteó que el plan natural de la historia humana debía estar en llegar a una sociedad política universal, que comprendiera bajo una misma legislación los diversos Estados y garantizarán el desarrollo completo de todas las capacidades humanas. *Vid.* KANT, I., *Introducción a la teoría del derecho*, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 45 y 88-92. Ciertamente, el cosmopolitismo ha trascendido hasta nuestros días, asumiéndose por autores neoconstitucionalistas y vinculados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para algunas valoraciones actuales sobre la filosofía kantiana, *Vid.* ROSI, M. A., “Aproximaciones al pensamiento político de Immanuel Kant”, BORON, A., *La filosofía política...cit.*, pp.205-232.

⁵⁸ *Vid.* KANT, I., *Introducción a la teoría...cit.*, p.95

⁵⁹ El principio de igualdad toma connotación diferente para los marxistas, la igualdad sólo es posible cuando se acaba la explotación del hombre por el hombre, el marxismo alude a la situación propia de la sociedad capitalista, en la que pese a la igualdad teórica de derecho, los ciudadanos son manifiestamente, y de hecho, desiguales; a diferencia de lo que sucedía en las sociedades de castas, la sociedad feudal o las sociedades estamentales, que distinguían por medios institucionales y jurídicos a los ciudadanos. La desigualdad propia de la sociedad capitalista se debe, según MARX, a factores estructurales determinados por las relaciones de producción, las cuales condicionan la existencia de dos clases antagónicas, la burguesía y el proletariado, entre las que se establece una lucha de clases, que no ha de cesar mientras no sea realidad la sociedad comunista sin clases. *Vid.* MARX, C., *Crítica al Programa de Gotha*, Ciencias Sociales, La Habana, 1975, pp. 32 y ss.

⁶⁰ Como ejemplo de lo explicado, puede citarse el Reglamento de Copenhague donde se trataron las reglas mínimas para la expulsión de personas naturales extranjeras, votado en Ginebra, el 9 de septiembre de 1892, constituyó un avance en la configuración actual del derecho a la libre circulación y una contribución importante para el respeto a los derechos de los extranjeros involucrados en estos procesos. También pueden mencionarse en el contexto americano, la Segunda Conferencia Panamericana que se celebró en Ciudad de México, el 31 de enero de 1902, donde se aprobó una Convención que estipuló que los extranjeros gozaban de los mismos derechos civiles que los nacionales y que los Estados no tenían ni reconocían a favor de los extranjeros otras obligaciones o responsabilidades de las que reconocen a favor de sus nacionales en la Constitución y leyes. En ese mismo año se legitimó la doctrina del canciller Drago sobre la protección diplomática, en la Segunda Conferencia Internacional de la Haya, el 18 de octubre de 1907. Cfr. SANSONETTI, V., *Derecho Constitucional*, Barial, Buenos Aires, 1892, p. 45; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire, Institut de Droit International*, La Haya, 1807, pp. 262 y 270; MATOS, J., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Impreso en los talleres Sánchez y de Guise, Guatemala, 1922, p. 57; GARCÍA DE LARREA, P., *La doctrina Drago, su validez en las relaciones económicas internacionales del siglo XXI* [en línea], disponible en: <<http://www.afese.com/img/revistas/revista40/artPaulinaGarcia.pdf>>, (consultada el 2006.02.25, 3:p.m.).

⁶¹ Con una visión más actual, puede ampliarse sobre la responsabilidad internacional, Vid., ROMERO PUENTES, Y., *El hecho ilícito del Estado a la luz del Derecho Internacional Contemporáneo*, Tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2009, inédita, *passim*; BECERRA RAMÍREZ, M., *Derecho Internacional Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México d.f, 1997, pp.83-91; MOYA DOMÍNGUEZ, M. T. y HALAJCZUK, BODAN, T., *Derecho internacional público*, 3^a edición, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1997, p. 425; VERDROSS, A., *Derecho Internacional ... cit.*, pp.250-275; SIERRA, M. J., *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México, 1955, pp. 151-157; FONTOURA, J., ROCHA DA SILVA, A., MUTTEL-BAUMVOL, "A Responsabilidade Internacional do Estado e das Organizações Internacionais", AA. VV., GUERRA, Sydney (Coord.), *Tratado de Direito... cit.*, pp. 21 y 22; D ESTEFANO PISANI, M., *Fundamentos del derecho internacional contemporáneo*, André Voisin, La Habana, 1988, pp. 45 – 49; MUÑIZ GRIÑÁN, R., "La responsabilidad Internacional", AA.VV, *Temas de Derecho Internacional Público...cit.*, pp. 356-383.

⁶² En la opinión de esta autora, la protección diplomática puede vincularse a la relación Estado – persona natural extranjera, a pesar de las manipulaciones internacionales a las que ha sido sometida y sin desconocer que es facultativa del Estado. Ciertamente, no deja de constituirse en un mecanismo que pueden utilizar los Estados para proteger los derechos de sus ciudadanos en el exterior y por tanto una garantía para ellos. Desde una perspectiva más actual sobre la protección diplomática, Vid., GRANATO, L., "Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los tratados bilaterales de inversión" [en línea] disponible en: <<http://www.eumed.net/libros/2005/lg/lg-pie.pdf>>, (consultada el 2006.02.25, 3:p.m.); GASTEIZ, V., *Curso de Derecho Internacional*, Editorial del País Vasco, Bilbao, 1993, p. 245; MARTÍNEZ, PÉREZ, O., "La protección diplomática y la responsabilidad jurídica internacional", *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, octubre de 2011 [en línea], disponible en: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/14/omp.html>>, (consultada el 2006.02.25, 3:p.m.); DIEZ DE VELAZCO, M., *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 18 y ss; DOMINGO FERRÁS, A., *Diplomacia y Derecho Diplomático*, Ciencias Sociales, La Habana, 1989, p. 34 y ss; PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 3^a edición, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 56 y ss.

⁶³ Los principios que componen estos sistemas de extranjería tienen su origen inicial en las relaciones comerciales y civiles; pero desde 1791, con la Constitución Francesa, se organizan como sistemas para el Derecho Público al otorgar unidad a un conjunto de leyes en materia de extranjería a través de los mismos. Habitualmente no se presentan puros, sino que se observan matices de unos u otros en atención a materias específicas (derechos políticos, estado de emergencia, contribución fiscal, propiedad inmobiliaria, inversiones), pero casi siempre puede determinarse cual de ellos acoge el Estado para rectorar la mayor parte de las relaciones de extranjería desde el propio contenido de las Constituciones. Entre los más reconocidos actualmente se encuentra la igualdad de trato y el *standard* mínimo, a partir de los esfuerzos de la Comunidad Internacional por evitar la discriminación, pero existen otros identificados por la doctrina *iusprivatista*, como el trato preferencial, asimilación, igualdad de trato, nación más favorecida, puerta abierta, reciprocidad, equidad y otros que se dejaron de utilizar prácticamente en su totalidad, como el Angloamericano y el de Capitulaciones. Vid. *per omnia*, MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Atlas, Madrid, 1955, p.168.

⁶⁴ Este principio se introdujo en el ámbito americano del Derecho Internacional, por Carlos Calvo, en la Conferencia Internacional de los Estados Americanos, o Conferencia Panamericana de 1889 – 1890, desarrollada en Washington. Sobre el evento anterior, Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 2^a edición, Tecnos, Madrid, 1995, pp.67-89.

⁶⁵ Sobre esta reunión de la Sociedad de Naciones, Cfr. SANSONETTI, V., *Derecho Constitucional*,...cit., p. 45; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Annuaire de l Institut de Droit International*,...cit., pp. 262 y 270; MATOS, J., *Curso de Derecho Internacional*... cit., p.57. Como ejemplo de los criterios imperantes en la época, acerca de la responsabilidad del Estado, puede consultarse, la Sentencia número siete del 25 de mayo de 1926, Estado de *Louisiana*, que dice: "cada país es soberano en la reglamentación de la condición del extranjero, pero no en forma tan absoluta que pueda proceder arbitrariamente abusando de su soberanía, conforme a las normas actuales del derecho de gentes"; Vid. DIENA, J., *Derecho Internacional Público*, traducción Trías de Bes, Bosch, Barcelona, 1946, p. 89.

⁶⁶ El principio de no responsabilidad por el trato dispensado a los extranjeros al interior de los territorios, nació como reacción a las discrepancias nacidas entre los inversores extranjeros y los Estados, sobre todo entre Europa y América, donde algunas de sus contradicciones terminaron con el uso de la fuerza contra determinados países latinoamericanos. Al respecto, CARLOS CALVO, impulsó una fórmula para evitar que los extranjeros se escudaran en la protección diplomática y más tarde sus Estados pudieran intervenir a los más pobres. Sobre esta doctrina, Cfr. TAMBURINI, F., "Historia y destino de la "Doctrina Calvo": ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?", *Revista de Estudios Histórico jurídicos*, número 24, 2002, pp. 81-101 [en línea], disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?Script=sci_arttext&pid=s071654552002002400005&lng=es&nm=iso>, (consultada el 2006.02.25, 3:p.m.); Caso *Barcelona Traction* entre Bélgica y España, Tribunal Internacional de Justicia, 23 de marzo de 1961, *UNITED NATIONS, The International Legal Materials*, XLIII, número 3, United Nations Publishing, New York, 2004.

⁶⁷ En este foro se solicitó la mejoría de la situación jurídica de los extranjeros, con vista a la conclusión de un Convenio y se recomendó la igualdad de trato con los nacionales, en cuanto a las condiciones de permanencia y circulación, así como el ejercicio del comercio e industrias por las empresas extranjeras. Sobre este evento internacional, Cfr. FREIRE, L., *Derecho Internacional Público*, Las Heras, Buenos Aires, 1940, p.20; ALVARADO GACAIOCAN, T., *Principios Normativos del Derecho Internacional Público*, La Universal de Guayaquil, Guayaquil, 1946, p. 23.

⁶⁸ Vid. Artículos 1, 2, 4 y 5, Código de Derecho Internacional Privado, [en línea], disponible en: <www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-31.htm>, (consultada el 2011.09.28, 6:p.m.). Para ampliar sobre el significado de este instrumento jurídico internacional en materia de extranjería, Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, O., "Régimen convencional en materia de extranjería. Breves comentarios de los artículos uno y dos del Código de Bustamante", *Boletín ONBC*, número 36, octubre – diciembre, La Habana, 2009, pp. 45 – 51; "Valoraciones sobre el régimen convencional en materia de extranjería en Cuba: el Código de Bustamante", *Revista del Equipo Federal Trabajo*, número 54 del 2009, [en línea], disponible en: <<http://www.eft.org.ar>>, (consultada el 2011.09.28, 3:p.m.).

⁶⁹ Vid. Convención sobre la Condición de los Extranjeros [en línea], disponible en: <www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-31.htm>, (consultada el 2011.09.28, 4:00 p.m.).

⁷⁰ Textos y comentarios correspondiente, Vid. ANTOKOLETZ, D., *Tratado de Derecho Internacional Publico*, tomo II, segunda parte, La Facultad, Buenos Aires, s.a., pp. 79, 171, 173; ORUÉ, J. R., *Manual de Derecho Internacional Publico*, Reus, Madrid, 1934, pp. 143, 201.

⁷¹ Sobre las características de la migración en el siglo XX y los efectos de los hechos marcados en el párrafo, Vid., ÁLVAREZ, M. E. y AJA, A. (editores), *Las migraciones humanas en el contexto de las ...cit.*, Parte Primera.

⁷² La Organización de Naciones Unidas, a lo largo del texto podrá nombrarse como ONU o Naciones Unidas. Vid. Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio 1945, puesta en vigor el 24 de octubre de 1945 [en línea], disponible en: <<http://www.un.org>>, (consultada el 2005.09.28, 2:p.m.).

⁷³ Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Informe sobre la Comisión Mundial de las Naciones Unidas para las Migraciones Internacionales*, Impreso por sgr, Suiza, 2005, p. 57.

⁷⁴ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948, todos los artículos, excluyendo al número 16 en el que se menciona a la familia, hacen referencia expresa a la persona como individualidad corpórea, por ello tiene un alcance universal en su tutela. Por su parte, el principio de trato mínimo internacional o *international standard of treatment*, es aquel por el que se faculta al Estado, donde determinado individuo es nacional, para reclamar ante un país extranjero, si la normativa de este último no es conforme a un *standard* mínimo internacional de derechos que la Comunidad de Naciones establece a los extranjeros. El contenido del *standard of treatment* no es preciso, aunque gran parte de la doctrina se mueve hacia distinguir como tal, la Declaración de Derechos Humanos. Vid. PÉREZ VERA, E., *Derecho...cit.*, p.108; SÁNCHEZ LORENZO, S. y FERNÁNDEZ ROSAS, J. C., *Legislación Básica sobre Extranjeros...cit.*, p. 34; BLAT MELLADO, C., "Reflexiones sobre los derechos de los extranjeros y el estándar mínimo internacional de los derechos humanos. De la letra a la realidad", *Revista valenciana de estudios autonómicos*, Autonomía de Valencia, Valencia, 1999.

⁷⁵ Vid. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2.1, 2.2, 13.1, 13. 2.

⁷⁶ Sobre la subjetividad internacional del individuo, la polémica se encuentra en reconocer o no, a la persona como sujeto del Derecho Internacional Público, *Cfr.* BECERRA RAMÍREZ, M., *Derecho...cit.*, pp. 29 y 30; HERDENGEN, Matthias, *Derecho Internacional Público*, traducción Marcela Anzola M. L, Fundación Konrad Adenauer, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México d.f, 2005, p. 29; VERDROSS, A., *Derecho...cit.*, pp. 48-152; DIEZ DE VELAZCO, M., *Instituciones de...cit.*, pp. 250-257; QUINTANA CRUZ, D., “Los sujetos del Derecho Internacional“, AA.VV, *Temas de Derecho Internacional Público...cit.*, pp. 136 y 137; D ESTEFANO PISANI, M., *Esquemas de Derecho Internacional Público*, tomo I, Pueblo y Educación, La Habana, 1977, pp.195 y ss.

⁷⁷ *Vid.* Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 429 (V), 14 de diciembre de 1950, su texto puede consultarse en: <http://www.un.org>.

⁷⁸ *V.gr.*: Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Teherán, celebrada del 22 abril al 13 de mayo donde se firmó la Proclamación de Teherán o la llamada Acta de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1968; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos, ambos puestos en vigor en 1976 (Cuba firmó el 28 de febrero de 2008 y no ha ratificado); Convención para la eliminación de todas las formas discriminación contra la mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979; Acuerdos sobre la libertad de migrar y los pasaportes, Período Ordinario de Sesiones en la Facultad de Derecho Internacional Privado de París, del 12 de febrero de 1979; Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, Asamblea General de la ONU, Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985; Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York 20 de noviembre de 1989; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984; Declaración de Viena, 25 de junio de 1993, adoptada por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos; Declaración del Milenio, Asamblea General, Resolución 55/2; Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, Nueva York, 2000; todos estos instrumentos pueden consultarse en: <www.un.org>.

⁷⁹ Sobre la importancia del estatuto personal para los derechos de las personas *Cfr.*, Caso de las niñas *Yean y Bosico*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Fallos y opiniones consultivas*, Serie C, Número 130, Sanabria S.A., San José, 2008, p.107. Respecto al estatuto personal, especial referencia merece, el caso de los apátridas, ante la inexistencia de ciudadanía, la conexión para determinar el mismo se encuentra en el domicilio o la nacionalidad, soluciones que prevé, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, en su artículo 12. Para ampliar, *Vid. supra*, referencia 51.

⁸⁰ Los cónsules están facultados, a partir del Derecho Internacional, para presentar reclamaciones ante los órganos del Estado correspondiente, por las violaciones cometidas contra los ciudadanos del Estado al que representan. La protección consular es preceptiva en virtud de lo esbozado en los artículos, 5 y 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, en los cuales se establece la obligación de estos funcionarios a prestar asistencia inmediata a sus nacionales y de realizar los esfuerzos necesarios para asegurar la tutela de los intereses de las personas migrantes provenientes de sus países. *Cfr.* Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963, entró en vigor el 19 de marzo de 1967, [en línea], disponible en:<<http://www.un.org>>, (consultada el 2006.02.25, 3:p.m.); Caso *Avena*, Sentencia número 31, de Marzo del 2004, Corte Internacional de Justicia, *UNITED NATIONS, The International Legal Materials*, XLIII, número 3, mayo 2004, pp. 581-660; IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego, “Olvido o disimulo del aparato consular: algunas observaciones sobre el control de la legalidad de las actuaciones administrativas en materia de extranjería“, *Jueces para la democracia*, número 27, 1996, [en línea], disponible en:<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo/codigo174679>>, (consultada el 2006.02.25, 4:p.m.).

⁸¹ Para ampliar sobre el sistema global de protección de los derechos, *Cfr.* AA.VV, *Derecho Internacional Público*, 3ª edición, EDIAR, Buenos Aires, 1999, p. 94; CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho... cit.*, p. 38; SEARA VAZQUEZ, M, *Derecho Internacional Público*, 3ª edición, Porrúa, México, 1971, p.105; PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho...cit.*, pp. 194 y 690 y ss; GUERRA, S., *Direito Internacional dos direitos humanos*, Saraiva, Sao Paulo, 2011, *passim*; OTEIZA, E., “Derecho de los inmigrantes“, *Revista de la Asociación Americana de Juristas*, año XIV, Asociación Americana de Juristas y Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2004, pp. 117-121; BARCESAT, E., “El Sistema Internacional de protección de los derechos humanos“, *Revista de la Asociación Americana...cit.*, pp. 65-70; CANÇADO TRINDADE, A. A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Fabris S.A., Porto Alegre, 2003; QUINTANA CRUZ, D., ”La protección internacional de los derechos humanos“, AA.VV, *Temas de Derecho Internacional Público... cit.*, pp. 142 -154.

⁸² Las características citadas *supra* se encuentran vinculadas al fenómeno de la globalización. Cfr. PISARELLO, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, DEL CABO, A. y PISARELLO, Gerardo (editores.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000, pp. 23-53. Un interesante y detallado análisis sobre las distintas caras de la globalización puede encontrarse en FARIÑAS, M.J., *Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, número 16, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 5-34; DE LA DEHESA, G., *Comprender la Globalización*, Alianza, 2000. Casi cincuenta años antes MARX y ENGELS, habían anticipado ya la desaparición de los mercados nacionales en los que “no entraba nada de afuera” y su transformación en una “red del comercio universal (en la que) entrarían, unidas por vínculos de interdependencia todas las naciones”, Vid. MARX, C. y ENGELS, F., *El Manifiesto Comunista...cit.*, p.24.

⁸³ Migrante irregular es la persona que carece de condición legal en un país anfitrión o de tránsito, porque ingresa a un Estado sin autorización o entra a un país legalmente pero después pierde la autorización para permanecer en él, se le denomina también migrante indocumentado y migrante “ilegal”. Se recomienda evitar el uso de este último término, en el ámbito ético y jurídico, un acto puede ser lícito o ilícito, mas no así una persona. Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, (párr. 157)”, CANÇADO TRINDADE, A. A., *Tratado de Derecho...cit.*, pp. 447-497.

⁸⁴ Vid. SOROLLA FERNÁNDEZ, I., Conferencia “Cuba en el actual contexto migratorio internacional”, Biblioteca del Centro de Estudios de las Migraciones Internacionales, Universidad de la Habana, Cuba, 2011 y otras opiniones contenidas en la referencia número 1. Desde la perspectiva jurídica, Cfr. HELD, D., MCGREW, A., GOLDBLATT, D., y PERRATON, J., *Global Transformations...cit.*, cap. VI: “People on the move”, pp. 283-326; DE LUCAS, J., “La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración”, *Revista Isogoría*, número 26, Universidad Complutense, Madrid, 2002; “Sobre las políticas de Inmigración en la Unión Europea un año después del 11 de Septiembre de 2001. Inmigración, Derechos, Ciudadanía”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, [en línea], disponible en: <<http://www.uv.es/CEFD>>, (consultada el 12/02/2009, 3:p.m.); MARTÍNEZ, Alonso y BERZOSA, C., “Desigualdad económica y Estado del Bienestar”, AA.VV., FERNÁNDEZ GARCÍA, T. y GARCÉ FERRER, J. (Coord.), *Crítica y futuro del Estado del Bienestar: reflexiones desde la izquierda*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; MORENO, L., *Ciudadanos precarios. La “última red” de protección social*, Ariel, Barcelona, 2000. Acerca de la criminalización del migrante, Vid. ZAFFARONI, E. R., *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, EDIAR, Buenos Aires, 2011, *passím*. Sobre la exclusión social y los migrantes irregulares, Vid. CARAVILLA, D., “Sobre villeros e indocumentados. Hacia una teoría sociológica de la exclusión social”, BORÓN, A. (Comp.), *Teoría y filosofía política de la tradición clásica a las nuevas fronteras*, Ciencias Sociales, La Habana, 2008, pp. 299 -332. Sobre la ideología y la cultura de las sociedades en la década de 1990, como fundamentación de la xenofobia y la exclusión, Vid. JAMESON, F., “El postmodernismo o la lógica cultural del capitalismo tardío”, *Revista Casa de las Américas*, número 155-156, La Habana, 1986, pp. 23- 38.

⁸⁵ La política de extranjería tiene su centro de gravedad en razones de policía (seguridad y orden público), mientras que la política de inmigración, en motivos de desarrollo económico e integración del migrante en la sociedad. En el plano legislativo, la política de extranjería se manifiesta principalmente en la regulación legal de la entrada, permanencia y salida de los extranjeros en el territorio nacional, en cambio la política de inmigración tiene una dimensión primordial a favor de la integración social de los inmigrantes, así como la regulación legal de sus derechos sociales. Cfr. AJA DÍAZ, A., “Enfoques sobre políticas de migración internacional”, Conferencia presentada en el programa de la Maestría de Migraciones Internacionales y Emigración Cubana, CEMI, Universidad de la Habana, 2008; *MIGRATION INTERNATIONAL ORGANIZATION*, “Migration Management”, [CD] *Mixed Migratory Flows in the Caribbean*, ACNUR – OIM, Grand Cayman, 2007; SAGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura*, Publicaciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, pp. 29-55; MÁRMORA, L., “Las políticas de migraciones internacionales”, Alianza, Buenos Aires, 1997, *passím*.

⁸⁶ ALONSO DE A., J. A., *et al.*, *Derecho Constitucional Español*, Universitas, Madrid, 1996, p. 23. Los sujetos de los derechos pueden ser impersonales o generales, cuando el ordenamiento jurídico alude con carácter general al titular de los derechos sin personalizar, por lo general los diferentes órganos y teóricos que los interpretan los hacen extensivos a toda persona. Por otro lado, tenemos los sujetos de alcance concreto o determinado, que es cuando los derechos vienen atribuidos a personas concretas como los extranjeros o los ciudadanos.

⁸⁷ GARCÍA ATANCE, M. V., *Derecho Constitucional III. Derechos y libertades*, Colex, Madrid, 2003, p. 25.

⁸⁸ Los límites, suponen la barrera infranqueable en el ejercicio de los derechos, estos vienen determinados por su propia naturaleza y contenido esencial, por la posibilidad de contradicción o compatibilidad en su ejercicio y de tal manera que el ejercicio de uno, no impida el ejercicio de otro u otros. Mientras las limitaciones son aquellas restricciones establecidas por el legislador o la administración pública, que en ningún caso deben suponer rebasar la especificación

del contenido de los mismos, en función de sus límites estructurales. Aunque las Constituciones, no consagran normativas que representen los requisitos de proporcionalidad para limitar derechos, si existe una fuerte vocación en América Latina, para establecer limitaciones constitucionales expresas para los extranjeros, con respecto a los derechos laborales, de propiedad y otras medidas de orden público. *V.gr.*: En cuanto a la propiedad, artículo 286, Constitución de Guatemala; artículo 71, Constitución de Perú; artículo 27, Constitución de México; artículo 109, Constitución de El Salvador. En cuanto a los derechos laborales, en el sentido de proteger el trabajo de los nacionales frente a los extranjeros; artículo 69, Constitución de Panamá; artículo 102, Constitución de Guatemala. En relación con los límites de orden público, artículo 301, Constitución de Venezuela.

⁸⁹ *Vid.* Artículos 14 y 20, Constitución de República de Panamá, y artículo 42, Constitución de Ecuador.

⁹⁰ *V.gr.* en la Constitución de Colombia, en los artículos 30 y 86, se extiende a los extranjeros el *habeas corpus*, el derecho de petición y en virtud del artículo 100 el resto de las garantías presentes en el texto. En la Carta Magna de Bolivia pueden consultarse los artículos del 109 al 136, donde se instituye, por ejemplo, la acción de los derechos asociados a daños y la acción de inconstitucionalidad. En la Constitución de Ecuador, Título III y los artículos 20, 21, 31; se establece la acción de protección, la acción ciudadana y la acción popular de inconstitucionalidad, el defensor del pueblo, entre otras. En Venezuela, se estipula, el amparo del artículo 27 y se encuentra la Defensoría del pueblo, aunque realmente el control del pueblo y la participación en el ejercicio del poder es loable. Finalmente, en la Constitución de Portugal, pueden encontrarse las garantías en los artículos del 277-291.

⁹¹ Derecho de identidad, planteado como derecho - deber, que prevé la obligación de los Estados de reconocer o proporcionar a los extranjeros una documentación que los identifique. *Vid.* ESPUGLES MOTA, C., PALAO MORENO, G., DE LORENZO SEGRELLES, M., *Manual de Nacionalidad y Extranjería*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 45.

⁹² El derecho de reunificación familiar, permite a los inmigrantes, reunirse con sus familias en el país de acogida. Al respecto, *Cfr.* QUIRÓS FONS, A., *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, Tesis presentada para la obtención del grado de Doctor en Ciencias, Universidad de Murcia, Murcia, 2006, *passim*; Sentencia de 27 de junio de 2005, Tribunal Superior de Justicia de Canarias-Las Palmas en RODRÍGUEZ BENOT, A. y YBARRA BORES, A., “Crónica de Jurisprudencia sobre Nacionalidad y Extranjería”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [en línea], disponible en: <www.reei.org>, (consultada el 2012.02.08, 3:p.m.); FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros”, *Derecho y conocimiento: Anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, número 1, Huelva, 2001; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar”, *Anuario de la escuela de Práctica Jurídica*, número 1, UNED, Madrid, 2005; LABACA ZABALA, M. L., “El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación de extranjería”, *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, número 3, en:<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo/codigo264126>>, (consultada el 2012.07.10, 2:05 p.m.).

⁹³ *Vid.* Artículo 40.- Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. El Estado, a través de las entidades correspondientes, desarrollará entre otras las siguientes acciones para el ejercicio de los derechos de las personas ecuatorianas en el exterior, cualquiera sea su condición migratoria: (...) 4...facilitará la reunificación familiar..., Constitución de Ecuador, 2008; artículo 17, 18 y 19, España Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (Publicada en el BOE 23.12.2000).

⁹⁴ Sobre el nuevo constitucionalismo, *Cfr.* FERNÁNDEZ ESTRADA, J. y GUANCHE, J. C., “Justicia Constitucional y Articulación, Constitución Rebelión en el neoconstitucionalismo Latinoamericano”, *Revista Caminos*, número 57, 2010, pp. 33-4; HOUTART, F., “Un Socialismo para El Siglo XXI. Cuadro Sintético de Reflexión”, AA.VV, *Autocríticas. Un dialogo al interior de la tradición socialista*, Ciencias sociales, Ruth Casa Editorial, 2009, pp. 63-68; KATS, C., “Estrategias Socialistas en América Latina”, AA.VV, *Autocríticas. Un dialogo al...cit.*, pp. 163-187; MÉNDEZ LÓPEZ, J. y CUTIÉ MUSTELIER, D., “La participación popular en el nuevo constitucionalismo”, *Revista Cubana de Derecho*, IV época, número 36, 2010, pp.5-24; VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, *Revista IUS*, número 25, nueva época, año IV, 2010, pp. 7-29; VILLABELLA ARMENGOL, C. M., “Constitución y Democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista IUS...cit.*, pp. 49-78; VICIANO PASTOR, R., (editor), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, *passim*.

⁹⁵ *Cfr.* Artículo 20, Constitución de la República de Panamá; artículo 100, Constitución de la República de Colombia; artículo 4, Constitución de la República de Chile; artículo 96, Constitución de la República del Salvador; artículo 13, Constitución Monárquica Española; artículo 19, Constitución de la República de Costa Rica; artículo 100, Constitución de la República de Paraguay; artículo 33, Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 25, Constitución de la

República Dominicana; artículo 20, Constitución de la República de Argentina; artículo 15, Constitución de la República de Nicaragua. En los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador, *vid infra*, cita 114.

⁹⁶ La Constitución de Portugal del 25 de abril de 1976, artículo 15.... “*los estrangeiros e os apartidas que se encontrem ou residam gozam dos directos e estaó sujeitos aos deveres do cidadão português*”....

⁹⁷ *V.gr.*: La Constitución mexicana de 1917, hace explícito en su artículo 33, la facultad de expulsión que posee el Presidente de México, con relación a los extranjeros residentes en el país, que sean considerados “*perniciosos*”, los que no poseerán juicio previo, ni derecho de audiencia. También, la Ley Suprema de la República Dominicana, en su artículo 128, apartado 1, inciso k, incluye dentro de las atribuciones del Presidente de la República la facultad de hacer arrestar o expulsar, conforme a la ley, a los extranjeros cuyas actividades fueren o pudieren ser perjudiciales al orden público o la seguridad nacional. Por su parte, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 156, se faculta al Poder Público Nacional para llevar a cabo la expulsión de los extranjeros en este país. Con respecto, a la protección diplomática, se reserva la anterior para los casos donde existe denegación de justicia; en las Constituciones del Salvador, artículo 99; República Dominicana, artículo 25; Guatemala, artículo 29 y Costa Rica, artículo 19 y se prohíbe recurrir a la vía diplomática en asuntos relativos a la inversión extranjera y la propiedad, en el caso de Perú y Panamá, en los artículos 63 y 71 respectivamente. Vinculado al asilo, la Constitución de Colombia lo recoge en su artículo 36 y Guatemala en el artículo 27.

⁹⁸ *Vid.* Artículo 64, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999; artículo 27.2, Constitución Española, 1978; artículo 13, Constitución de Ecuador del 2008; artículo 13, Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia 2009. Aunque existen otras Constituciones en América Latina que tienen igual tendencia reguladora como Chile, Paraguay, Colombia y Uruguay, en este último su regulación es desfavorable. Si bien Uruguay reconoce el derecho al sufragio de las personas sin necesidad de que tengan un *status* de “ciudadanía legal”, impone otros requisitos como, por ejemplo, el tiempo de residencia de quince años, tener una familia constituida y una propiedad o profesión en Uruguay; en el caso del requisito de propiedad, es uno de los requisitos excluyentes de los antiguos sistemas electorales, pues sólo un grupo de extranjeros privilegiados tendrían derecho al voto. Además restringe los derechos políticos incluso aquellos que ya son considerados ciudadanos legales, es decir naturalizados, pues no los pueden ejercer hasta tres años después de obtener la carta de naturalización.

⁹⁹ Sobre la definición de bienes jurídicos, *Vid.* RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de filosofía del Derecho*, 14^a edición, Porrúa, México, 1999, pp. 226-230.

¹⁰⁰ Pueden anotarse como los más relevantes; Títulos II y IV, Constitución de Bolivia, 2009; Títulos II y III, Constitución de Ecuador, 2008; Títulos III, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

¹⁰¹ *V.gr.* Constitución de Ecuador del 2008: Colaborar en el mantenimiento de la paz y de la seguridad, respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento, promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley; ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética; conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y mantener los bienes públicos, respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual; cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley; asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos, este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten. *Vid.*

¹⁰² *Vid.* Artículo 83 Título III, Capítulo noveno, Constitución de Ecuador del 2008; artículo 108, Título III, Constitución de Bolivia 2009; Capítulo X, Constitución de Venezuela de 1999.

¹⁰³ *V.gr.* Artículos 152, 153, 154 y 155, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999; artículo 13.4, Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia 2009; Título VIII, De las relaciones internacionales, Constitución de Ecuador del 2008.

¹⁰⁴ *Vid.* Artículo 183.1, Constitución de Bolivia, 2009; Artículo 261.3, Constitución de Ecuador, 2008; Artículo 156.4, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

¹⁰⁵ En el principio de soberanía, los países estudiados la consignan como principio y atributo del Estado, cuyo legítimo titular es el pueblo; Venezuela, artículos 5 y 11, Ecuador, artículo 1 y en Bolivia en el apartado 7. En el caso de la igualdad, es enunciada en Bolivia como valor en su artículo 8, como principio y derecho en todas sus dimensiones en el 26.1 y como deber del Estado en el 9.4, además hace alusión a las acciones afirmativas. Asimismo, en Venezuela se establece en sus enunciados 19 y 21 y en Ecuador se encuentra regulado como valor, derecho y principio, bajo las fórmulas de igualdad ante la ley, material y no discriminación, en los preceptos 1, 66.4 y 95, al enunciar la igualdad como deber del Estado en el apartado 3.1 y se hace alusión a las acciones positivas al igual que en Venezuela. Por su

parte, el principio de libre circulación sólo posee rango constitucional como derecho en Bolivia en su artículo 27.1, Ecuador en el 40 y en Venezuela en el 50.

¹⁰⁶ V.gr: Artículos 9, 40, 41 y 42 Constitución de Ecuador, 2008.

¹⁰⁷ Sobre la jerarquía, directa aplicabilidad de la Constitución y funciones, Cfr. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 4ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 47 y 61, 104- 106; LEGUINA VILLA, J., “Principios Generales del Derecho y la Constitución”, Ponencia presentada a las XI Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre el Título Preliminar de la Constitución, *Revista de Administración Pública*, número 114, Septiembre-diciembre, 1987, pp. 56-67; PRIETO VALDÉS, M., “Las funciones de la Constitución”, *Revista Jurídica*, año 5, número 9, Enero- Junio, 2004, pp. 38-46; “La Constitución”, AA.VV, MATILLA CORREA, A. (Coord.), *Introducción al Estudio del Derecho*, Félix Varela, 2004, pp.143-149; ASENSI SABATER, J., *Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Materiales para una introducción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp.77-97; PERAZA CHAPEAU, J., *Derecho Constitucional General y... cit.*, p.19.

¹⁰⁸ Sobre la necesidad de normar las exigencias políticas, Cfr. DUSSEL, E., *20 tesis de política*, Ciencias Sociales, La Habana, 2011, p. 129

¹⁰⁹ Los expuestos son rasgos del constitucionalismo latinoamericano que han tenido como antecedentes la corriente neoconstitucionalista, Cfr. ENOCH, A., “El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (Debate sobre El Derecho dúctil, de Gustavo Zagrebelsky)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Gráficas Ancora S.A., Madrid, 1996, pp. 39-44; GUASTINI, R., “Derecho dúctil, Derecho incierto”, *Ídem.*, pp. 111-123; PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el *iusnaturalismo*? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky)”, *Ibidem.*, pp. 125-158; OLLERO TASSARA, A., “La Constitución: entre el normativismo y la axiología”, *Ibidem.*, pp. 389-493; LUCAS VERDÚ, P., *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 45-58; CARBONELL, M. (compilador), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

¹¹⁰ El movimiento de personas de un lugar a otro implica, indirectamente, la atribución a esos individuos de una legitimación específica para exigir el reconocimiento de derechos. De tal manera, que “por eso hoy en buena medida, los nuevos inmigrantes y las poblaciones indígenas, son, como se ha apuntado desde diferentes posiciones, quienes representan ese nuevo sujeto universal, ese nuevo grupo de desposeídos de todo salvo de su condición de seres humanos, que les permite convertirse en agentes de la lucha por vencer frente a la penúltima barrera a la que se enfrenta el viejo ideal emancipador de los derechos humanos”, Vid. DE LUCAS, J., “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, AA.VV., *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 293. Por su parte, MARTÍNEZ HEREDIA explica que el sujeto histórico del marxismo, debe ser ampliado a todo el que se constituya en sujeto transformador de la sociedad y ente activo de participación política, Vid. MARTÍNEZ HEREDIA, F., “Reflexionando sobre el socialismo en el siglo XX”, AA.VV, *Autocríticas...*, p.15. Otros autores explican que la población migrante puede calificarse como clase social en los Estados multiculturales, Cfr. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, N., “Multiculturalismo e Inmigración: Retos Ideológicos del siglo XXI”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 5, [en línea], disponible en: <<http://www.uv.es/CEFD>>, (consultada el 12/02/2009, 3:p.m.), 2002; GIDDENS, A., *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Alianza, Madrid, 1979, p. 337; CARRIO SANPEDRO, A., “Inmigración, ciudadanía y clase social”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 5, [en línea], disponible en:<(http://www.uv.es/CEFD)>, (consultada el 11/02/2009, 3:p.m.), 2002.

¹¹¹ Cfr. PÉREZ ROYO, J., *Derecho...cit.*, p. 56; PRIETO VALDÉS, M., “La seguridad jurídica”, Conferencia en el II Encuentro Nacional de Derecho de Contratos, La Habana, 23 y 24 de mayo del 2003; PRIETO VALDÉS, M. y PÉREZ HERNÁNDEZ, L., “Los Derechos Humanos de los cubanos; su protección y defensa. Análisis y propuestas”, PRIETO VALDÉS, M. y PÉREZ HERNÁNDEZ, L. (Comp.), *Temas de Derecho Constitucional Cubano... cit.*, pp. 21 y ss; PÉREZ LUÑO, E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, *passim*.

¹¹² Sobre los estándares de protección internacional, Cfr. NORIEGA ALCALÁ, H., *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p.67; BONATE, L., “El papel de los estados en el desarrollo internacional de los derechos humanos: derechos, deberes, obligaciones”, *Revista de Derechos y Libertades*, Cuaderno número 10, Instituto Bartolomé de las Casas, [en línea], disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=411>>, (consultada el 2010.09.28, 2:p.m.); VERDROSS, A., “Règles internationales concernant le traitement des étrangers”, *Recueil des Cours*, tomo 37, *Institut do Droit International*, La Haya, (1931-III).

¹¹³ La tutela, permisión y prohibición de las relaciones jurídicas permite reorientarlas, a partir de las diferentes funciones sociales descritas para el Derecho, entre las que se encuentran: función de integración y control, función de resolución de conflictos, función de orientación social, función de legitimación Sobre las funciones del derecho, Cfr. ATIENZA, M., *Introducción al derecho*, Barcanova. S.A., España, 1985, pp. 45 y ss; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del*

Estado y Derecho. Teoría del Derecho, ...cit., p.102; GONZÁLES CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Vicens-vives, Barcelona, 1984, pp. 193-237; MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J., *Curso de Teoría del Derecho*, Ariel s.a, Barcelona, 1999, p. 56; ZHIDKOV, O., V. CHIRKIN y Yu. YUDIN, *Fundamentos de la...cit.*, p. 91; PRIETO VALDÉS, M., "El Derecho como Ciencia", *Revista Jurídica*, año 4, número 8, Impreso en Talleres Editora del MINJUS, La Habana, 2005, pp. 32-58; Qué esperar del Derecho, *Revista Temas*, número 8, octubre – diciembre, La Habana, 1996, pp.80 – 94.

¹¹⁴ Sobre el origen de la relación jurídica, *Vid.* GUZMÁN BRITO, A., "Los orígenes del concepto de "Relación Jurídica" ("Rechtliches Verhältnis"–"Rechtsverhältnis")", *Revista de Estudios histórico – jurídico*, número 28, XXVIII, s.e, Valparaíso, 2006, pp. 187 – 226.

¹¹⁵ SAVIGNY, *cit. pos* ESCOBAR ROZAS, F., *Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva* [en línea], disponible en:< <http://www.pucp.edu.pe/dike/doctrina/civ-art40.pdf>consultado>, (consultada el 2011.05.25, 3:p.m.), p.2.

¹¹⁶ *Ídem.*

¹¹⁷ El carácter social de la relación fue resaltado años más tardes por otros autores, especialmente los marxistas. *Cfr.*, CAÑIZARES, F., *Teoría del Derecho*, Fascículo 2, Pueblo y Educación, La Habana, 1973, pp. 74; ALEXANDROV, N.G. *et al*, *Teoría del estado y del Derecho*, Ciencias Económicas y Sociales, México df, 1962, p. 318; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y del Derecho*, Félix Varela, La Habana, 2005, p. 10; JAWITSCH, L.S., *Teoría General del... cit*, pp. 197 y ss; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, volumen I, ...cit*, p.16.

¹¹⁸ Entre los autores que han abordado esta teoría, con una crítica favorable, *Cfr.* DABIN, J., *Teoría General del Derecho, ...cit.* p. 125; LARENZ, K., *Derecho Civil. Parte General*, traducción M. Izquierdo y Macías-Picavena, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1976, p. 249; PUGLIATTI, S., *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, Porrúa Hermanos y Cia., México d.f., 1943, pp. 192 -195; DU PASQUIER, C., *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica*, traducción J. Bautista de Lavalle y J. Ayasta González, Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1944, p. 113; JAWITSCH, L. S. *Teoría General del...cit.*, p. 186; LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1943, p. 529; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, volumen I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 2- 4; MANTILLA, B., "La Relación Jurídica", *Revista de Derecho Español y Americano*, año VII, número 31, Madrid, s.a, pp. 209 – 211; SMITH, J. C., "El Concepto de Relación Jurídica", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, tomo XXV, 1966, pp. 284 - 286; REALE, M., *Introducción al Derecho*, traducción de Jaime Brufau Prats, Pirámide S.A., Madrid, 1979, pp 172 y ss.

¹¹⁹ *Vid.* DEL VECCHIO, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Reus, Madrid, 1930, p. 193.

¹²⁰ LEHMAN, *cit. pos* ESCOBAR ROZAS, F., *Contribución al estudio de la relación...cit.*, p. 3.

¹²¹ CICALA, *cit. pos* ESCOBAR ROZAS, F., *Contribución al estudio de la relación...cit.*, p. 4.

¹²² De la misma manera, está autora no se encuentra conforme con lo planteado por BARBERO, para él, la relación jurídica no era otra cosa que la vinculación existente entre -cada uno de- los individuos y el ordenamiento jurídico y las relaciones que aquéllos establecían entre sí no eran más que simples "relaciones de hecho".

¹²³ NAWIASKY, *cit. pos* ESCOBAR ROZAS, F., *Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva... cit*, p. 5.

¹²⁴ *Vid.* KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Losada S.A., Buenos Aires, 1951, pp. 74; *Teoría General del Estado*, *cit.*, p. 72 y 175.

¹²⁵ *Vid.* SANTIAGO NINO, C., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª. edición ampliada y revisada, 12ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 67.

¹²⁶ Luego de que la relación jurídica fuera considerada como "criterio fundamental de calificación jurídica", capaz de comprender e incluso describir con fines didácticos cualquier rama del Derecho (teorías clásica y de la interconexión), la relación jurídica atravesó por una serie de etapas críticas que terminaron por redefinir no sólo su concepto, sino también la función que debía cumplir. La primera "crisis" se produjo cuando un importante sector doctrinal (Hartmann, Camarata, Nicolò, Barbero, entre otros) cuestionó la recíproca correspondencia de los términos de la relación -o sea, del derecho subjetivo y del deber jurídico (teoría clásica)-; sosteniendo que por lo menos en el ámbito obligacional el derecho y el deber no tenían contenidos recíprocos, desde que distintas figuras (pago por tercero, pago al acreedor aparente etcétera) demostraban que el primero podía realizarse sin que el segundo actúe y viceversa. *Vid.* ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva...cit.*, p. 5.

¹²⁷ BAGOLINI, *cit. pos* ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva...cit.*, p. 13.

¹²⁸ La teoría de la complejidad intentó superar la crisis que produjo la demostración de la oponibilidad *erga omnes* de todos los derechos subjetivos; demostración que determinó que las teorías anteriores - fundamentalmente la clásica- se vieran imposibilitadas de mantener la distinción entre relaciones “absolutas” y “relativas”, en tanto que el presupuesto del cual partían había quedado destruido con la admisión del precepto que obligaba a cualquier tercero a no frustrar la satisfacción del interés presupuesto en cada uno de los derechos reconocidos por el ordenamiento (para una clara exposición de las distintas teorías que afirmaron la oponibilidad *erga omnes* de todos los derechos subjetivos). *Vid.* LÓPEZ DE ZAVALÍA, F., *Derechos Reales*, tomo I, Zavallía Editor, Buenos Aires, 1989, p. 15.

¹²⁹ El ciudadano A y el Estado, tienen una relación jurídica, cuyo lado interno es, que el derecho de un ciudadano A es deber para el Estado. Pero a su vez, la relación jurídica tiene un lado externo, que son los vínculos entre A, como sujeto activo del lado interno y el resto de los miembros de la sociedad, que como el Estado están obligados a respetar el derecho de A.

¹³⁰ HOHFELD conceptualiza la pretensión como la posibilidad para exigir de otra persona determinada conducta, mientras el privilegio o libertad es el derecho de un individuo frente a un no derecho de otro, la potestad o competencia es el derecho de un sujeto frente a la sujeción de otro y la inmunidad es la exención del cumplimiento de las prescripciones existentes a favor de otros. Sobre estas tres últimas tendencias, *Vid.* MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J., *Curso de Teoría del...cit*, pp. 178-184.

¹³¹ Es la lógica que trata de «enunciados deónticos», que son normas o son enunciados sobre normas, antiguamente identificadas con la «lógica de las normas», se tiende ahora a diferenciar la lógica deóntica (de enunciados descriptivos sobre normas) de la «lógica de las normas» (enunciados prescriptivos, que son normas). Se construye con los operadores deónticos «es obligatorio» (O) y «está permitido» (P), que se añaden a enunciados construidos según la lógica de enunciados, aunque con reglas propias de inferencia; así, «Op» y «Pp» significan, respectivamente, «es obligatorio p» y «está permitido p». Su estructura refleja la de la lógica modal, siendo en realidad una rama de la misma. El cuadro de oposiciones revela la semejanza y paralelismo de estas lógicas. Sus orígenes se remontan a los razonamientos prácticos de Aristóteles y los mejores estudios de lógica deóntica se deben, en la época moderna, al lógico finlandés Georg Henrik Von Wright (n. 1916). *Vid. Enciclopedia*, Salvat, volumen XIV, 2004, p. 456.

¹³² Puede representarse en criterio de este autor un sistema de relaciones jurídicas entre dos sujetos que como predicados triádicos comprenden ocho posiciones y pueden describirse del siguiente modo, las correspondientes al lado interno: - al derecho de a sobre b le son correlativos deberes de un sujeto c sobre b, con respecto a; al derecho de a sobre b le son correlativas las prohibiciones de un sujeto c sobre b; con respecto a, a las libertades de un sujeto a sobre b le son correlativos los deberes de un sujeto c sobre b con respecto de a; a las libertades de un sujeto a sobre b le son correlativas las prohibiciones de un sujeto c sobre b con respecto de a; a las prohibiciones de un sujeto a sobre b le son correlativos los derechos de otro sujeto c sobre b con respecto a; a las prohibiciones de un sujeto a sobre b le son correlativos las libertades de otro sujeto c sobre b con respecto a; a los deberes de un sujeto a sobre b le son correlativos los derechos de otro sujeto c sobre b con respecto a; a los deberes de un sujeto a sobre b le son correlativos los deberes de otro sujeto c sobre b con respecto a.

¹³³ *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 201-210. Por su parte, MORALES VITERIS, propone una reformulación crítica de la teoría de ALEXY, vinculándola a los derechos, a partir de la tensión existente entre derechos humanos y democracia; *Vid.* MORALES VITERIS, J. P., “Democracia sustancial. Sus elementos y conflictos en la práctica”, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p.119.

¹³⁴ El método axiomático está compuesto por un conjunto de axiomas y de teoremas, a los cuales se recurre para el desarrollo de una teoría. Los axiomas son principios que se toman como fundamento y punto de partida para la demostración, mediante el recurso a reglas de inferencia de los teoremas. Un sistema axiomático requiere: Una lógica básica; términos primitivos (términos lógicos o no, necesarios para construir definiciones); términos definidos; axiomas o postulados del sistema; reglas de inferencia; y los teoremas del sistema. *Vid. Enciclopedia*, Salvat, volumen XII, 2004, p. 3240.

¹³⁵ *Ídem*, p. 8703. Se define como relación deóntica la que se produce entre sujetos distintos, vinculados por la identidad de comportamiento, decir que un individuo es titular de una expectativa positiva equivale a decir que otro individuo es titular de la obligación correspondiente, decir que un individuo es titular de una expectativa negativa equivale a decir que otro individuo es titular de la prohibición correspondiente.

¹³⁶ Las modalidades se entienden como relaciones o predicados diádicos, no para denotar lo facultativo, sino la facultad, no lo prohibido, sino la prohibición, no lo obligatorio, sino la obligación. Por su parte, las expectativas no serían predicados monádicos de comportamiento, sino que son verdaderos predicados diádicos, que establece una relación entre una figura deóntica y un comportamiento. El hecho de que las expectativas sean figuras pasivas que no consisten en, sino que corresponden a modalidades referidas a otro sujeto y viceversa, no excluye que pueden ser asociadas a

modalidades deónticas referidas al mismo sujeto y viceversa. Por ejemplo, el derecho del propietario de hacer uso de la cosa de su propiedad (modalidad), esta asociado con el derecho de no ser molestado en tal uso por parte de otras expectativas, el deber de no cometer delito (modalidad), está asociado a la sujeción a sanciones en caso de desobediencia (expectativa). Vid. FERRAJOLI, L., *Expectativas y Garantías. Primeras Tesis de una Teoría Axiomatizada del Derecho*, Editado por L. Lombarda, Adriática, Bari, 1988, p. 246.

¹³⁷ Sobre la teoría de la relación jurídica desarrollada por este autor, *Ídem*, pp. 246 y ss.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 247. El sentimiento de solidaridad, no es otra cosa que el sentimiento de obligatoriedad con el que cada sujeto advierte en la sociedad, las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas de otros y que se encuentra con el sentimiento recíproco de confianza en la satisfacción por parte de los demás de las propias expectativas, así se cataloga las relaciones deónticas como solidarias intersubjetivamente. A partir de la solidaridad es que el autor fundamenta la efectividad de las modalidades y expectativas que configuran la relación, criterio con el que no coincide esta autora, toda vez que la mera solidaridad que incluso es considerada por otros autores un valor, no es la razón para que se cumplan las normas.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 250. Las *garantías* se definen como las técnicas y condiciones que aseguran la efectividad de las relaciones deónticas. Estas garantías serán divididas, con relación al Derecho, en dos clases: por un lado las garantías primarias, que consisten en relación con las expectativas (positivas y negativas), las que forman el contenido de los derechos subjetivos, en las obligaciones y en las prohibiciones implicadas por ellos y las garantías secundarias se materializan en las obligaciones, de aplicar sanción o declarar la anulación respectivamente, como efectos específicos, por los actos ilícitos y por los actos inválidos. La diferencia se encuentra, en el hecho de que mientras que la obediencia de las primeras equivale siempre a la satisfacción en vía primaria de los derechos garantizados, la de las segundas, entre en acción eventual, como remedio prestado por el ordenamiento para prevenir o reparar la desobediencia de las primeras por obra de actos ilícitos o de actos inválidos.

¹⁴⁰ Sobre los derechos subjetivos existen diferentes concepciones, que se circunscriben a dos posiciones, las corrientes colectivistas los despojan de su matiz individual y de su origen histórico, mientras los de tendencia individualista y liberal, los sitúan en ámbitos de poder público y privado. Sobre el tratamiento a los derechos subjetivos se han destacado, en diferentes momentos históricos autores como, SCOTO, OCCAM, SAVIGNY, HOHFELD, JELLINEK, ALF ROSS, KELSEN, MARX y LARENZ, por sólo mencionar algunos. IHERING los comprende como expresión de la voluntad del sujeto, al suponer un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico o como interés jurídicamente protegido. JELLINEK considera el derecho subjetivo como el poder de la voluntad humana en dirección a un bien o interés reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Para KELSEN, el derecho subjetivo es el hecho que una norma otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar mediante una acción, por el incumplimiento de una obligación. Vale aclarar, que los derechos subjetivos tienen un matiz público si es conferido por la norma y privado si devienen de un pacto privado. Al respecto, Cfr. SORIANO, R, *Compendio de Teoría General del Derecho*, 2ª. edición corregida y aumentada, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 170-211; FERRAJOLI, L., *Expectativas y Garantías. Primeras Tesis...cit.*, p. 248; KELSEN, H., *Teoría...cit.*, p.87; CAÑIZARES ABELEDO, D., *Teoría General del Estado...cit.*, pp. 323 y ss.

¹⁴¹ Para consultar la visión de FERRAJOLI en relación a los deberes y las responsabilidades como expectativas, Vid. FERRAJOLI, L., *Expectativas y Garantías...cit.*, p. 250.

¹⁴² FERRAJOLI, explica que las Constituciones “constituyen, por así decirlo, utopías de derecho positivo, que a pesar de no ser realizables perfectamente, establecen de todos modos, en cuanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad en los derechos fundamentales”; *Ídem*, p. 263. A nuestro juicio, con esta valoración el autor menosprecia el carácter normativo de la Constitución y sólo advierte su carácter programático, lo que no es correcto.

¹⁴³ Cfr., FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho... cit.*, pp. 131- 140; SANTIAGO NINO, C., *Introducción al Análisis del derecho, ... cit.*, p. 67; CAÑIZARES ABELEDO, D. F., *Teoría del Derecho... cit.*, pp. 131-136; APARISI A.; LÓPEZ F.; DE LUCAS, J., VIDAL, E., “Personalidad jurídica y capacidad de obrar”, AA.VV, *Introducción a la Teoría del Derecho...*, pp. 220 y 221; JAWITSCH, L.S, *Teoría General...cit.*, pp.119 y ss; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil...cit.*, p. 47; PUIG FERRIOL, L., GETE ALONSO Y CALERA, M. del C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J, *Manual de Derecho Civil*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 45 y ss; VALDÉS DÍAZ, C., (Coord.), *Compendio ...cit.*, pp. 134 y ss.

¹⁴⁴ Entre los entrevistados no hubo acuerdo sobre la pertinencia de la teoría de FERRAJOLI como modelo para explicar la estructura funcional de la relación jurídica en esta investigación, por lo discutible de sus posturas desde la perspectiva marxista, criterio que no compartieron otros entrevistados; toda vez que si la teoría de FERRAJOLI no es perfecta, las críticas no lo reducen a convertirse en la antítesis del marxismo, además su estructura es viable para describir los complejos vínculos sociales que el Derecho tutela en la actualidad.



¹⁴⁵ Esta relación jurídica es fuente del status jurídico. *Vid.* PERAZA CHAPEAU, J. (Comp.), *Selección de lecturas de Derecho Constitucional...*cit., pp. 192- 194.

¹⁴⁶ *Cfr.* DEL VECCHIO, G, *Filosofía del Derecho*, revisado L. Legaz y Lacambra, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 401; REALE, M., *Introducción al Derecho*, traducción J. Brufau Prats, 10ª edición, Pirámide, Madrid, 1993, p.182. Según la postura tradicional, la relación jurídica tiene una naturaleza declarativa, si está constituida en la sociedad con carácter previo a la intervención del Derecho y lo que hace éste es reconocer y regular ese substrato real e independiente; la otra posición considera que la naturaleza de la relación jurídica es constitutiva u operativa cuando tutela intereses de la clase dominante o fomenta relaciones necesarias en la sociedad.

¹⁴⁷ *Vid. supra*, nota al pie, número 11.

¹⁴⁸ *Vid.* ROGUIN, E, *Las reglas Jurídicas*, La España Moderna, Madrid, 1959, p. 50.

¹⁴⁹ Existen tendencias doctrinales, que señalan a los sujetos activos, como los titulares de los derechos y los pasivos, como los titulares de los deberes. *Vid. supra*, nota al pie, número 161.

¹⁵⁰ Estas relaciones pueden tomar carácter individual y se concretan en el contenido del *status* del extranjero, a partir de la actividad individual de los sujetos frente a los órganos del Estado, la norma funde la actividad legislativa, administrativa y judicial, a partir de la defensa de un derecho, activar una garantía o reclamar un deber, en la realización de ese *status*. En ese mismo sentido, se tratan en algunas obras a los sujetos como colectivos, por el carácter general del destinatario de la norma constitucional. *Vid.* GUERRA, S., *Direito Internacional...cit.*, p. 315; VEGA VEGA, J., *Cuba. Su Historia Constitucional...*, cit. p.190.

¹⁵¹ Algunos autores indican como contenido de las relaciones jurídicas los derechos y deberes, otros autores señalan como elemento la causa, concebida como la que origina la relación, el objeto mediato que es el fin protegido y el objeto inmediato o contenido. También SANTIAGO NINO, identificó como elemento al objeto del derecho que puede ser una cosa o una prestación humana que se subordina a los sujetos de derecho o partes por su valor de utilidad, es para el sujeto activo, el contenido de su facultad o derecho; y para el sujeto pasivo es el contenido de su deber (dar, hacer o no hacer respecto del objeto de la relación). *Vid. supra*, nota al pie, número 161.

¹⁵² Sobre las concepciones de GROCIO, *Cfr.* TRUYOL Y SERRA, A., *Historia del Derecho Internacional Público* [en línea], disponible en: <<http://www.fd.uo.edu/cu/asignaturas/biblioderecho/derechointernacionalpublico>>, (consultada el 12/02/2009, 3:p.m.), pp. 9, 10,11; GÓMEZ ROBLEDOS, A., *Fundadores del Derecho Internacional Público*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México d.f, 1989, pp. 8-41.

¹⁵³ *Vid.* ROUSSEAU, J. J., *El contrato social o principios del derecho político*, [en línea], disponible en:<<http://www.fd.uo.edu/cu/biblioderecho/librosnuevos/>>, (consultada el 2011.06.21, 3:p.m.), pp. 11- 25.

¹⁵⁴ *Vid.* DE NEWMAN, L., *Derecho Internacional Público Moderno*, Agustin Ariel impresor, Madrid, 1926, p. 67.

¹⁵⁵ *Vid.* HAURIU, A., *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*, traducción de J. A. González Casanova, Ariel s. a., Barcelona, España, 1971, pp. 17- 44.

¹⁵⁶ *Vid.* ARELLANO GARCÍA, C., *Derecho Internacional Privado*, 13ª edición, Porrúa, México, 1999, p.89.

¹⁵⁷ La autora de esta investigación realizó una rigurosa búsqueda en los textos de Derecho Constitucional, Internacional Público y Privado, Administrativo, Civil General y Filosofía del Derecho, lo que se avala en la bibliografía de esta obra, que permitió llegar a concluir que solo en estos autores y los mencionados anteriormente se abordó el tema. *Vid. supra*, nota al pie, número 13.

¹⁵⁸ *Apud.* PERAZA CHAPEAU, J., *Derecho Constitucional General...cit.*, p.32.

¹⁵⁹ *Apud.* FERRAJOLI, L., *Expectativas y...cit*, p. 248.

¹⁶⁰ Los teóricos, respecto a los hechos que originan la relación pueden subrayarse, los hechos voluntarios e involuntarios, materiales o por lo menos exteriorizados y que afecten a dos o más personas, hechos que pueden autorizar o prohibir, y por tanto producir determinados efectos. *Vid. supra*, nota al pie, número 161.

¹⁶¹ Los siguientes autores circunscriben la relación entre el Estado y el ciudadano, *Cfr.* ALONSO de, A., *Derecho Constitucional Español*, Universitas, Madrid, 1996, pp. 23- 26; BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, 2ª. edición, La Ley S.A., Buenos Aires, 2006, p. 963; GUASTINI, R., *Derecho Constitucional*, Centro de Investigaciones Jurídicas, México d.f, 2001, p. 48; PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional...cit.*, p. 45; *Vid supra*, otros autores en la nota al pie número 13.

¹⁶² *Vid supra*, nota al pie número 14.

¹⁶³ *Vid supra*, los autores que rezan en las notas al pie, 131 y 135.

¹⁶⁴ Para constatar la polémica referenciada, *Cfr.* PRIETO VALDÉS, M., *A propósito de la ciudadanía en Cuba*, *Revista Areito*, volumen 5, número 17, segunda época, enero 1995; BAUZA CALVIÑO, Olaguer C, *La doble nacionalidad en la*

legislación mexicana, OGS Editores, México, 2001, p. 740; SOUZA DEL OLMO, F., “A nacionalidade a situação jurídica do estrangeiro”, GUERRA, S. (Coord.), *Tratado de Direito Internacional...cit.*, p.315; JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E. et al., *Derecho Internacional Público*, 2ª. edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1977, pp. 32-45.

¹⁶⁵ La persona natural es el ser humano, la persona física, Cfr. ZHIDKOV, O., V. CHIRKIN Y YU. YUDIN, *Fundamentos de la teoría socialista del Estado...cit.*, p. 78; VALDÉS DÍAZ, C. et al., *Derecho civil...cit.*, p. 24; LLAMBIAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo I, 16ª. edición, Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 245; DE CASTRO CID et al., *Nuevas lecciones de teoría del derecho*, Universitas, Madrid, 2002, pp. 283-288; ARA PINILLA, *Teoría del derecho*, Taller ediciones JB, Madrid, 1996, pp. 347-351 y pp. 351-352.

¹⁶⁶ Para ampliar sobre los derechos, concepto, diferentes clasificaciones, límites y limitaciones Cfr. ALEXI, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales...cit.*, *passím*; CORREA, O., *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, Coyoacan S.A., México df, 2003, *passím*; AA.VV., *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal S.A., España, 1985, *passím*; FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías...cit.*, *passím*; ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, volumen VI, Tecnos S.A., 1992, p. 45 y ss; PECES BARBA, G., *Deberes y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passím*; NIKKEN, P., “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, *Revista del Seminario sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1997, pp. 39-41; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., “Enfoque Constitucional Cubano de los Derechos Humanos y su Protección”, *Ídem*, pp. 129-134; DE CASTRO CID, B., *Reconocimiento de los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1982, *passím*; SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L., *Sobre el origen de los Derechos Humanos*, Memorias del postgrado impartido en Santiago de Cuba, febrero del 2011; VILLABELLA ARMENGOL, C., “La Axiología de los derechos humanos en Cuba”, PRIETO, VALDÉS, M. y PÉREZ, HERNÁNDEZ, L., *Temas de Derecho Constitucional...cit.*, pp. 291-300; RAIMUNDO TORRADO, F., *Derechos Humanos en Cuba*, Editora Política, La Habana, 1988, *passím*.

¹⁶⁷ PÉREZ LUÑO, E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 25.

¹⁶⁸ Sobre los derechos sociales, se plantea el problema de su materialización y se ha discutido su justiciabilidad, hay autores latinoamericanos como TAMAYO SALMORÁN que los denominan deberes de la solidaridad; Cfr. AA.VV., *Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos*, UNAM, México, 1987, p. 45.

¹⁶⁹ Sobre los deberes y la evolución de su concepción, Cfr. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, Madrid 1994, pp. 63-64; Kelsen, H., *Teoría General del Estado...cit.* pp. 78-80. PÁRAMO, I. R., “Entrevista a H. L Hart”, *Revista DOXA, número 5, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Prisma Industria S.A., Universidad de Alicante, p. 339 y ss; DONAIRES, P., “Deberes Humanos”[en línea], disponible en: <<http://www.bahaidream.com/la/pluma/revista07/deberes20humanos>> (consultada el 2012.07.08, 11:00 a.m.); GARCÍA HERNÁNDEZ, G., *Constitución, Deberes y Derechos*, Ciencias Sociales, La Habana, 1982, *passím*; DE LUCAS, J. et al., *Introducción a la teoría del Derecho...cit.*, pp. 206 – 219; HOSPERS, J., *La conducta humana*, Tecnos, Madrid, 1964, pp. 440-442; RIVERI RUIZ, A. C., “Los deberes constitucionales en Cuba”, *Revista del Equipo Federal del Trabajo*, número 39, 2007 [en línea], disponible en: <<http://www.eft.org.ar>>, (consultada el 2011.05.25, 3:00 p.m.).

¹⁷⁰ Sentencia número 160, del 27 de Octubre de 1987, ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL [CD] Los derechos humanos y las libertades, Tribunal Constitucional Español 1980 – 1990.

¹⁷¹ *Vid, supra nota 120.*

¹⁷² Sobre la concepción y las clasificaciones de las garantías, Cfr. CUTIÉ MUSTELIER, D., *El Sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba*, Tesis presentada en opción al grado científico de Dra. en Ciencias Jurídicas, 1999, inédita, *passím*; PÉREZ ROYO, J., “Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 12, 1992, pp. 233-249 [en línea], disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=55618>>, (consultada el 2012.02.25, 3:00pm); BADENI, G., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, 2ª edición, actualizada y ampliada, La Ley S.A., Buenos Aires, 2006, p. 67; MÉNDEZ LÓPEZ, J. y CUTIÉ MUSTELIER, D., “Las garantías judiciales de los derechos humanos en Cuba. Realidad y exigencia”, *Memorias de la IV Conferencia Científica sobre el Derecho*, Barco de Papel, 1997, pp. 151-156; Duguit, L., *Soberanía y Libertad*, traducción de José Acuña, Buenos Aires, 1943, pp.122-123; FIX ZAMUDIO, H., *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, UNAM, Madrid, 1982, pp. 31-50.

¹⁷³ Sobre las garantías sociales de los derechos, Cfr. PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías, notas para una mirada desde abajo*, Courtis, C. y Ávila Santamaría, R. (editores), *La protección judicial de los derechos sociales*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp.31 – 34; MÉNDEZ LÓPEZ, J. y CUTIÉ MUSTELIER, D., “La participación ...cit.”, pp. 5-24.

¹⁷⁴ Otros autores aprecian como garantías los valores, principios constitucionales, la cláusula de progresividad, principios básicos concretos del ordenamiento jurídico y principios hermenéuticos del sistema jurídico, reconocidos en las normas de carácter constitucional y las garantías para propiciar la participación en la sociedad, como el referéndum,

iniciativa legislativa constitucional y constituyente. Vid. PRIETO VALDÉS, M., "Las garantías jurídicas en Cuba", Ponencia en el Encuentro Nacional Constitución Democracia y Sistemas Políticos, La Habana, 2009.

¹⁷⁵ Vid., *per omnia*, NIEMEYER, T., *Derecho Internacional Público*, Labor S.A., 1925, p.46.

¹⁷⁶ Sobre la concepción de derechos y deberes del Estado en el marco interno y su crítica, Vid. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, cit..., pp. 295 – 314.

¹⁷⁷ Sobre las funciones y su trascendencia a la responsabilidad del Estado, Vid. JAWITSCH, L.S., *Teoría...cit.*, pp. 187, 188 y 189. En el plano internacional, algunos estudiosos del Derecho Internacional Público reconocen la existencia de los deberes y los derechos internacionales de los Estados, mientras otros lo niegan sustentando las conductas estatales solamente en los principios que fundan la Comunidad Internacional, que se constituyen en corolario de su soberanía, independencia e igualdad y pueden reducirse a los tres siguientes: el principio de competencia exclusiva, autónoma y plena del Estado sobre su territorio nacional y respecto a la población que habita en el mismo; el principio de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados; y el principio de sumisión del Estado al Derecho Internacional. Estos postulados garantizan la estabilidad y permanencia de las relaciones internacionales y la vida del Estado en su calidad de ente soberano e independiente. Cfr. DIENA, J., *Derecho Internacional Público*, cit., p.65-67; URZÚA, F. A., *Derecho Internacional Público*, Cultura, México d.f, 1938, p.73 y ss; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, A., *Derecho Internacional Público*, Cultura, La Habana, 1933, p. 45; VERDROSS, A., "La théorique. Classique des droits fondamentaux des Etats", *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, Institut de Droit International*, La Haya, 1925, *passim*.

¹⁷⁸ Esta autora es de la opinión, que aunque el Estado posee funciones internas y externas, no es incompatible con aceptar que como sujeto del Derecho Internacional Público, posean derechos y deberes en la Comunidad de Naciones. La afirmación anterior encuentra sustento en las obras de D ESTEFANO PISANI, cuando explica que los Estados poseen derechos fundamentales que son las facultades y garantías que se necesitan para hacer posible y útil la vida en la Sociedad Internacional. Desde la moral internacional se asumen dos clases de deberes, los deberes morales y sociales, estos últimos son los que se evalúan por la Comunidad Internacional *ad interim* de los Estados y por tanto son los que se manifiestan en las funciones internas de los mismos sobre la población residente o flotante que se encuentra en su territorio. La fuente de deberes se encuentra reconocida en el artículo 1 de la Resolución de la XXXVII Conferencia interparlamentaria de 1948 y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas y, con antelación en los artículos 23 y 25 del Preámbulo del Pacto de la Sociedad de las Naciones. Vid. D ESTEFANO PISANI, M., *Fundamentos del derecho internacional contemporáneo...* cit, pp.101 y ss.

¹⁷⁹ Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Estado...cit*, pp. 62 – 74. Otros criterios sobre las funciones del Estado, Cfr. RIZO OYANGUREN, A., *Manual Elemental de Derecho Administrativo I*, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León, 1991, p. 434; GARCINI GUERRA, H., *Derecho Administrativo*, 2ª edición, Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p.13; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I, 6ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, pp. 25-62; CAÑIZARES ABELEDO, F. D., *Teoría del Estado...* cit., pp. 166-170.

¹⁸⁰ Vid. MARSHALL, T.H, *Ciudadanía y clase social*, In T.H Marshall y Tom Bottomore, Alianza, Madrid, 1992, p.21.

¹⁸¹ Cfr. PERAZA CHAPEAU, José D. *Selección de Lecturas de Derecho Constitucional*. Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1985, p.129. Pérez Verdía, Luis. *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, Ed. Porrúa, México, 1908, p. 342. AAVV. coord. Guerra, Sydney. *Tratado de Direito Internacional*, Freita Batos, Río de Janeiro, 2008, p. 315. Covielo, Nicolás. *Doctrina general del derecho civil*, Ed. Hispano- Americana, México, 1951, pp 98 y 99. Rougés, Felipe M. *El estudio de la nacionalidad, naturalización y condición jurídica del extranjero: la problemática en la ubicación de su estudio* [en línea], disponible en: <http://agro industrial.com.or/MERCOSUR>, (consultada el 2011.09.28, 3:00pm).

¹⁸² Cfr. JELIN, Elizabeth, *Igualdad y diferencia: dilemas de la ciudadanía de las mujeres en América Latina*, Cuadernos de estudios políticos, año 3, Nr. 7, Ágora, 1997, pp. 189-214. BAUZA CALVIÑO, Olaguer C. *La doble nacionalidad en la legislación mexicana*, OGS Editores, México, 2001, p.740. CHJIKVADZE, Víctor. *Regulación Jurídica de la ciudadanía*, Selección de Lecturas de Derecho Constitucional, Cfr., José Peraza Chapeau, Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1985, pp.129. Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p.387. Korovin, Y. *Derecho Internacional Público*, Academia de Ciencias de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, Versión española de Juan Villalba, Ed. Grijalbo, México, 1963, p. 163. BAUZA CALVIÑO, Olaguer C. *La doble nacionalidad en la legislación mexicana*, OGS Editores, México, 2001, p.740. CHJIKVADZE, Víctor. *Regulación Jurídica de la ciudadanía*, Selección de Lecturas de Derecho Constitucional, José Peraza Chapeau, Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1985, pp.129. Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p.387. Korovin, Y. *Derecho Internacional Público*, Academia de Ciencias de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, Versión española de Juan Villalba, Ed.

Grijalbo, México, 1963, p. 163. Pérez Vera, Elisa. *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1998 p. 3.

¹⁸³ Cfr. BAUZA CALVIÑO, Olaguer C. *La doble nacionalidad en la legislación mexicana*, OGS Editores, México, 2001, p.740. CHJIKVADZE, Víctor. *Regulación Jurídica de la ciudadanía*, Selección de Lecturas de Derecho Constitucional, José Peraza Chapeau, Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1985, pp.129. Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p.387. Korovin, Y. *Derecho Internacional Público*, Academia de Ciencias de la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, Versión española de Juan Villalba, Ed. Grijalbo, México, 1963, p. 163. Pérez Vera, Elisa. *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1998 p. 3.

¹⁸⁴ Sobre la concepción de derechos y deberes del Estado en el marco interno, Cfr. KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, 2da. ed, Trad. y ed Roberto J. Bernenco, Universidad Nacional Autónoma de México, México d.f, 1982, pp. 295 – 314. JAWITSCH, L.S. *Teoría General del Derecho*, ob cit, pp. 187, 188 y 189. DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, *Derecho Internacional Privado*, 2da parte. s. ed. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. La Habana, 1990. ECHEMENDÍA, José M, *Derecho Internacional Privado II*, Parte Especial, Tomo II. s. ed. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SIXTO SÁNCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*. 2da. Edición. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1994. DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, FREIRE SANTIBAÑEZ, María del Carmen, PEÑA LORENZO, Taydit. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 17 y 26.

¹⁸⁵ Cfr. DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. 2da parte. s. ed. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. La Habana, 1990, p. 9. FARIÑAS FERNÁNDEZ, Celia. *Los principios que informan la condición jurídica del extranjero en América Latina y España. Una visión desde el Derecho Comparado*, Trabajo de diploma. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2010. MARTÍNEZ PÉREZ, Odette. *Análisis histórico de las regulaciones migratorias para los extranjeros en Cuba*, Trabajo de diploma. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2004. GUERRA SAYAS, Laibis. *Los apátridas. Interés para el Derecho Internacional Privado*, Trabajo de diploma. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2004.

¹⁸⁶ Cfr. CABALLERO GONZÁLEZ, Alondra de la Guadalupe. *La Condición Jurídica de la Persona Natural Extranjera durante las Situaciones Excepcionales en el Ordenamiento Jurídico Cubano*, Trabajo de Diploma. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2011. JEREZ PÉREZ, Dailián de las Mercedes. *La Diplomacia como Institución Jurídica. El estatuto jurídico de los agentes diplomáticos en Cuba*, Trabajo de diploma. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2011. FARIÑAS FERNÁNDEZ, Celia. *Los principios que informan la condición jurídica del extranjero en América Latina y España. Una visión desde el Derecho Comparado*, Trabajo de diploma. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2010. MARTÍNEZ PÉREZ, Odette. *Análisis histórico de las regulaciones migratorias para los extranjeros en Cuba*, Trabajo de diploma. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2004. GUERRA SAYAS, Laibis. *Los apátridas. Interés para el Derecho Internacional Privado*, Trabajo de diploma. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2004. PÉREZ CHÁVEZ, Nuria Georgina. *La condición jurídica del extranjero en Cuba*, Trabajo de diploma. Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2003. DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, *Derecho Internacional Privado*, 2da parte. s. ed. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. La Habana, 1990. ECHEMENDÍA, José M, *Derecho Internacional Privado II*, Parte Especial, Tomo II. s. ed. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SIXTO SÁNCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*. 2da. Edición. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1994. DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, FREIRE SANTIBAÑEZ, María del Carmen, PEÑA LORENZO, Taydit. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 17 y 26.

¹⁸⁷ Existen tres formas de movilidad internacional de la población: la pendular, la temporal o circular y la definitiva. Cfr. RODRÍGUEZ MONTER, M., *El fenómeno de las migraciones internacionales: una perspectiva de estudio desde la psicología social y los valores culturales*, Tesis en opción al grado de Doctora en Ciencias, Universidad Complutense de Madrid, 1997, p.18; MARMORA, L., *Las políticas de migraciones internacionales*, OIM, Alianza, 1997, p. 38; BUENO SÁNCHEZ, E., *Población y Desarrollo: Enfoques Alternativos de los Estudios de Población*, Centro de Estudios Demográficos, Ciudad de la Habana, 2003, p. 10.

¹⁸⁸ Uno de los puntos a corroborar en la entrevista fueron los rasgos esenciales de la relación y por ende, los principios estructurales de la relación, determinados a partir del estudio histórico y de criterios filosóficos que fueron trabajados en el epígrafe anterior, en ese sentido 48 de los entrevistados estuvieron de acuerdo con los principios planteados.

¹⁸⁹ Sobre los intereses y los objetivos nacionales en las doctrinas de seguridad nacional y su vinculación al Derecho, Cfr. MARTÍNEZ PEÑA, R., “Breves reflexiones sobre seguridad y derecho en Cuba“, MATILLA CORREA, A. (Coord.), *Panorama de la ciencia del derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C Julio Fernández Bulté*, Universidad de la Habana y Leonard Muntaner Editor, Palma de Mayorca, 2009, pp. 543 -554; HERNÁNDEZ

MARTÍNEZ, J., *Estados Unidos, Hegemonía, Seguridad Nacional y Cultura Política*, Ciencias Sociales, 2010, *passím*; CASTRO ESPÍN, A., *El imperio del terror*, Capitán San Luis, La Habana, 2009, *passím*; GARCÍA CUÑARRO, L. M., “La Seguridad y Defensa Nacional Cubana. Aproximación a un panorama amplio”, Ponencia presentada en el Taller los problemas globales mundiales y su impacto en la seguridad y defensa nacional de Cuba, La Habana, abril de 2002; CENTRO DE ESTUDIOS E INFORMACIÓN DE LA DEFENSA. “Conceptos, políticas y estrategias de Seguridad Internacional y Nacional”, *Cuadernos de Estudios del Centro de Estudios e Información de la Defensa*, número 7, La Habana, 2003, pp. 3-34; FERNÁNDEZ ALUART, H., Ruptura de las concepciones lógicas de Seguridad y Defensa. El caso de Cuba, Tesis de Maestría, Instituto Superior de Relaciones Internacionales, 2005, pp. 11-25; MARTÍNEZ PÉREZ, O., “Ley de Extranjería y Seguridad Nacional. Un Tema en Debate”, [CD] X Taller Científico Metodológico del Sistema de Preparación para la Defensa, Ediciones Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, marzo 2010.

¹⁹⁰ Vid. CARBONELL, M., “Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI”, AA.VV. *El Nuevo Constitucionalismo...cit.*, pp. 53 y ss.

¹⁹¹ Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Teoría y Dogmática de...cit.*, pp. 247 – 317.

¹⁹² Sobre la vinculación de la migración, con las políticas migratorias, las relaciones internacionales y el Derecho, Cfr. AJA DÍAZ, A., *Al cruzar las fronteras, ... cit.*, pp. 17 -81; AJA DÍAZ, A. y GAZTAMBIDE, A., “Migraciones y Relaciones Internacionales. Un proyecto de investigación desde el Gran Caribe”, *Política Internacional*, número 6, ISRI, MINREX, La Habana, 2005, pp. 45-67.

¹⁹³ La condición de límites de las anteriores instituciones, resultó un punto controversial de las entrevistas, al respecto 6 de los entrevistados no mostraban acuerdo con que se considerarán límites el estatuto personal, las normas internacionales, la protección diplomática, la protección consular y la responsabilidad internacional; esgrimiendo que las mencionadas son instituciones que dependen en gran medida de la recepción y acatamiento del Derecho Internacional su actual carencia de fuerza, manipulación, deficiente aplicación o vulneración del mismo. La autora discrepa con la postura expuesta, puesto que al analizar el surgimiento y desarrollo de las anteriores, son mecanismos concebidos para proteger los derechos del individuo e incluso, de los extranjeros; su inaplicación o vulneración, no es razón para desestimarlas. Sobre la función protectora de estas instituciones, Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Extranjería: Principios de Derecho Internacional General”,...*cit.*, pp. 39-51; PEÑA LORENZO, T., “La protección de la persona física en las relaciones internacionales”, Ponencia presentada en el Taller Científico “Protección de la Persona Humana en el Derecho Internacional”, CEDIH, 15 y 16 de diciembre de 2010.

¹⁹⁴ Sobre la libre circulación y sus limitaciones, puede consultarse la Sentencia del 4 de abril de 2005 (Recurso 72/2005), Tribunal Constitucional Español y la Sentencia de 6 de julio de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª), Vid. RODRÍGUEZ BENOT, A. y YBARRA BORES, A., “Crónica de Jurisprudencia sobre Nacionalidad y Extranjería”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [en línea], disponible en: <www.reei.org>, (consultada el 2012.02.08, 3:p.m.).

¹⁹⁵ V.gr. Para el ingreso a sus territorios, Argentina, Bolivia, Ecuador, Dominicana, España y Venezuela, han establecido el sistema de autorización de entrada, utilizándose como requisitos para ese fin, la visa y el pasaporte.

¹⁹⁶ El visado pudiera vincularse a la teoría de la autorización administrativa, como forma de limitar derechos, ya que la autorización siempre ha de actuar sobre un derecho o una actividad general en cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, la autorización se sitúa como un acto de la Administración donde la misma consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida. Otros estudiosos comparten la opinión que son actos administrativos de admisión, porque con la autorización de entrada provocan un cambio de *status*; pueden clasificarse además como actos decisorios, externos y constitutivos. En definitiva, lo más trascendente para esta autora es que son actos administrativos favorables y su efecto inmediato es el mismo, como autorización o acto de admisión. Cfr. GARCÍA ENTERRÍA, E. y R. FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho... cit.*, pp.131-143; SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Centro de Estudios R. Areces S.A, Madrid, 1989, p. 111; FERNÁNDEZ RAMOS, S. y GAMERO CASADO, E., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Tecnos S.A, Madrid, 2007, p. 363.

¹⁹⁷ Para ampliar sobre las relaciones jurídicas administrativas, Cfr. COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho... cit.*, p.27 y ss; GARCÍA ENTERRÍA, E. y R. FERNÁNDEZ, T., *Curso de derecho administrativo, ...cit.*, pp.15 y 245; GARCINI GUERRA, H., *Derecho Administrativo, ...cit.*, p. 121; RIZO OYANGUREN, A., *Manual Elemental de Derecho...cit.*, p.72

¹⁹⁸ La legislación migratoria expone conductas para evitar el ingreso de determinados extranjeros, en Argentina y Bolivia se usan las siguientes causales de inadmisión, v.gr: “por motivos de seguridad nacional,” “orden público,” “moral,” “salud,” “hábitos viciosos”, “depravación moral incorregible”. Se dificulta el control posterior a los efectos del actuar de la Administración Pública, en lo que corresponde a la calificación de la inadmisión de ingreso,

arriesgándose la legalidad del acto administrativo a partir de que el comportamiento descrito en el tipo, es ambiguo y elíptico, o sea, no describe una conducta certera y peligra una correcta clasificación del hecho. *Vid.* artículos 27, 29, 34 y 36, Argentina, Ley 25.871 del 17 de diciembre del 2008; Bolivia, Decreto 21.945 de 1988, Ley del 22 de enero de 1924, Ley del 27 de diciembre de 1926; artículo 25 y 28.2, España, Ley orgánica 4/200 modificada de la ley orgánica 8/2000; artículo 7, 8,9, Venezuela, Ley de extranjería y Migración número 37.944, 24 de mayo del 2004; artículo 11, Decreto 299 de 1986, Ley de Extranjería.

¹⁹⁹ En las Leyes de extranjería de España, México, Argentina, Chile, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Perú, Ecuador, Bolivia, Dominicana, Paraguay, Uruguay, Panamá, Nicaragua y el Salvador, se prevén de forma amplia las sanciones a los extranjeros irregulares y son casi nulos los mecanismos de regularización.

²⁰⁰ La razón de la interrelación entre relación Estado – persona natural extranjera y la relación jurídica administrativa de extranjería se halla en la relación Estado- Administración, *Cfr.* PRIETO VALDÉS, M. y PÉREZ HERNÁNDEZ, L., Los derechos humanos de los cubanos. Su protección y defensa. Análisis y propuestas, PRIETO VALDÉS, M. y PÉREZ HERNÁNDEZ, L. (Coord.). *Temas de Derecho...cit.*, p. 21; MONACELLI, G., *Elementos de derecho administrativo y legislación fiscal y aduanera*, 9ª edición, Revisada y actualizada, El Ateneo, Buenos Aires, 1961, pp. 30 y 31; RIZO OYANGUREN, Armando, *Manual Elemental...cit.*, p. 434; GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Parte General, 8ª. edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, V-I, IX-5; GARCINI GUERRA, H., *Derecho Administrativo... cit.*, pp. 9, 10, 20.

²⁰¹ Si la permanencia es sólo accidental o transitoria se llama población “flotante” u ocasional y la población que habita de forma permanente en el país es la población residente. *Vid.* BUENO SÁNCHEZ, E., *Población y Desarrollo: Enfoques Alternativos de los...cit.*, p.78.

²⁰² En el estudio comparado se determinó como regularidad que la administración va a desplegar determinadas facultades sobre las personas naturales extranjeras y las ha de coligar con las obligaciones correspondientes. *V. gr.* facultad para autorizar la residencia, actividades vinculadas al ejercicio de los derechos y la salida de los territorios; la prohibición de circulación se hace efectiva, a través de técnicas de ordenación administrativa y por último, la facultad para sancionar conductas lesivas al tráfico migratorio. En el caso de los extranjeros, deben cumplir los términos y requisitos para la residencia y salida de los territorios, deben cumplir las prohibiciones de circulación, cumplir con las restricciones a las actividades no previstas en las clasificaciones migratorias correspondientes, cumplir con las leyes internas que regulen su estancia en el territorio.

²⁰³ Al respecto, distinguir que en ocasiones la clasificación migratoria se encuentra en la fase de entrada, vinculada en un solo acto con respecto a la autorización de entrada. Agregar que en este informe de tesis, se utilizan indistintamente los términos clasificación migratoria, categoría migratoria o condición migratoria, atendiendo a lo observado en las diferentes legislaciones.

²⁰⁴ *Cfr.* *Diccionario de Derecho Internacional*, Progreso, Moscú, 1988, p.49; PÉREZ HEHEMENDÍA, Marzio L. y ARZOLA FERNÁNDEZ, J. L., *Expresiones y términos jurídicos*, Oriente, Santiago de Cuba, 2009, p. 177; SÁNCHEZ LORENZO, S., FERNÁNDEZ ROSAS, J. C. *et al.*, *Legislación...cit.*, p.45.

²⁰⁵ La anterior clasificación se realizó a partir del estudio exegético, comparado y teórico.

²⁰⁶ Sobre el asilo y los requisitos para su otorgamiento e información doctrinal y normativa, *Cfr.* DÍEZ DE VELASCO, M., *Organismos de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 522; GUERRA, Sydney, *Direito Internacional Publico...cit.*, pp.138-142 y sobre los refugiados, *Cfr.* ACNUR Y UNIÓN INTERPALAMENTARIA, *Protección sobre los Refugiados. Guía sobre Derecho Internacional de los refugiados*, Oficina de publicaciones de las Naciones Unidas, 1989, *passím*; ACNUR, *Refugiado. Legislación Internacional y Estándares Básicos*, Publicaciones de la Oficina Regional del ACNUR, México, 2005, *passím*; DE ARAGÓN CAO, A., *Los refugiados en el contexto de la crisis del multilateralismo y del Derecho Internacional*, Tesis de Máster en Ciencias, La Habana, Cuba, 2005, *passím*.

²⁰⁷ Sobre la connotación del Derecho en el cambio social y viceversa, *Vid.* AÑÓN, J. M., “Derecho y Sociedad“, AA.VV, *Introducción a la Teoría...cit.*, pp 65-90.

²⁰⁸ La redundancia de las normas es una insuficiencia de legística material, donde dos o más normas diferentes recogen en su tipo legal la misma conducta y la estratificación es una dificultad que consiste en que en una norma determinada, el tipo legal describe la conducta, pero la consecuencia jurídica se encuentra en otra. Sobre los problemas de técnica legislativa. Sobre la proliferación de normas en estos países, e incluso de la redundancia y estratificación, puede verse en Bolivia el Decreto Supremo número 21945 de 13 de Mayo de 1988 de Pasaportes Oficiales y Diplomáticos, Decreto-Ley número 13344 de 30 de Enero de 1976 de la Ley de Inmigración que modifica una parte de las siguientes leyes: Ley de 12 de enero de 1924 donde constan los requisitos que debe llenar todo extranjero que desee ingresar al país, Ley de 27 de Diciembre de 1926 que eleva al rango de ley el Decreto supremo de 18 de marzo de 1907, Ley de residencia de 18 de enero de 1911, Decreto supremo de 15 de febrero de 1939 contenido de las normas para la aplicación de la ley de

residencia a extranjeros indeseables. Cfr. CARRILLO GARCÍA, Y., "Calidad de las leyes. Algunos puntos críticos", *Legislação, ...cit.*, p.16.

²⁰⁹ V.gr. Título II, artículos 74, 91, 96, Argentina, Ley 25.871 del 17 de diciembre del 2008 y artículo 57, España, Ley orgánica 4/2000 modificada de la Ley orgánica 8/2000.

²¹⁰ En el análisis realizado a la legislación de países como España, México, Argentina, Chile, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Perú, Ecuador, Bolivia, Dominicana, Paraguay, Uruguay, Panamá, Nicaragua y el Salvador, se detectó que luego de la expulsión se prohíbe la entrada. Lo anterior ha generado la configuración de nuevos principios por la jurisprudencia internacional y Organismos del Sistema de Naciones para evitar la violación de los derechos humanos durante la expulsión. Cfr. DE BOECK, *L expulsión et les difficultés internationales qui en soulève la pratique, Recueil des curse*, 1927, III, pp. 478-479; GUERRA, SIDNEY, *Direito internacional publico, ...cit.*, pp. 167-168; D ESTEFANO PISANI, M., *Fundamentos del Derecho Internacional, ...*, pp. 67-69.

²¹¹ Cfr. ORUE Y ARREGUI, J. R., *Manual de Derecho Internacional Privado...cit.*, p. 222; PÉREZ VERA, E.... *cit.*, p.180; TUNKIN, Gregory, *Curso de derecho Internacional. Manual, Libro I... cit.*, p. 270; MATOS, J., *Curso de Derecho Internacional Privado, ...cit.*, p. 156. Desde la sociología jurídica dejan a un lado el vínculo político y lían el concepto de extranjero a la pertenencia o no de un grupo nacional, *Vid.* DE LUCAS, J., *El desafío...cit.*, p. 35.

²¹² Cfr. Artículo 1: Para los fines de la presente Declaración, el término "extranjero" se aplicará a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre, ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, "Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven", adoptada el 13 de diciembre de 1985, Resolución 40/144; MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, tomo II, ...*cit.*, p.73; VERPLAETSE, J., *Derecho Internacional Privado*, Instituto Reus, Madrid, 1964, p. 169; GUERRA, S., *Direito Internacional...cit.*, p.164; DÁVALOS FERNÁNDEZ, R., SANTIBÁÑEZ FREIRE, M. del C., PEÑA LORENZO, T., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial, ... cit.*, p. 13.

²¹³ A partir del estudio de las tendencias anteriores, se han determinado los rasgos comunes para designar al extranjero, entre los que se encuentran: - la condición de personas físicas o jurídicas; - se concreta su *status* al traslado de dicha persona a un Estado diferente del que es ciudadano o donde se encuentre domiciliado o residiendo, sin importar a estos efectos el tiempo de estancia, siempre será extranjero hasta tanto opte y le sea otorgada la ciudadanía del último; -debe aclararse que a partir de las concepciones analizadas en caso de múltiples ciudadanías, si una de ellas es la del Estado de acogida entonces no se considera extranjero a menos que haya perdido la misma.

²¹⁴ DÁVALOS FERNÁNDEZ, R., *La Extranjería en Cuba. Especial aplicación a los españoles, m.s.*

²¹⁵ Una forma de asimilar extranjeros y apátridas en trato, distinguiéndolos en su denominación, se observa en la Constitución de Portugal, del 25 de abril de 1976, donde se establece: "los estrangeiros e os apartidas que se encontrem ou residam gozam dos directos e estaó sujeitos aos deveres do cidadao portugues".

²¹⁶ El contenido se sistematizó a partir de los resultados obtenidos en la aplicación de los métodos, exegético, comparado y teórico, especialmente el análisis y la deducción por la inexistencia de antecedente doctrinal al respecto. Así se generalizaron los derechos, deberes y garantías atribuidas a los extranjeros y las funciones – derechos y funciones – deberes del Estado, comparando los resultados finales con la relación de ciudadanía.

²¹⁷ Son las situaciones activas que constitucionalmente habilitan a la persona para adoptar una serie de posibilidades de obrar. *Vid.* supra, nota al pie 160.

²¹⁸ *Vid.* supra en el epígrafe 1.1.3, el análisis comparado sobre los derechos y garantías y las referencias que le acompañan.

²¹⁹ *Vid.* supra en el epígrafe 1.1.3, el análisis comparado sobre los derechos y garantías y las referencias que le acompañan. No obstante, en materia de deberes la Constitución Dominicana traduce carencias en un casuismo impropio de esa norma, visible en el propio artículo 25 donde se esbozan como deberes constitucionales los que constituyen obligaciones de los extranjeros, por lo que no se tuvo en cuenta para esta sistematización.

²²⁰ *Vid.* supra en el epígrafe 1.1.3, el análisis comparado sobre los derechos y garantías y las referencias que le acompañan. Además Cfr. Sentencia 12/1994, de 17 de enero, Tribunal Constitucional Español; Sentencia del 24 de noviembre de 2005, Recurso 303/2005, Tribunal Constitucional Español, ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, [CD] Los derechos humanos y las libertades Tribunal Constitucional Español 1980 – 1990.

²²¹ La terminología utilizada por las Constituciones para denominar las funciones estatales son las siguientes: principios, fines, deberes. Esta modalidad se construyó contextualizando la normativa constitucional con la normativa migratoria. Cfr. artículos 9, 52 y 54, Constitución de Portugal; artículos 1-36, Constitución de la República Argentina; Capítulo I, Constitución de Chile; capítulo II, Constitución de Costa Rica; artículos 39-52, Constitución de España; artículo 2, Constitución de Colombia; artículo 3, Constitución de la Republica de Ecuador; artículo 2, Constitución de la Republica Dominicana; artículo 5, Constitución de Nicaragua; artículos 1 y 2, Constitución Guatemala; artículo 44, Constitución

Perú; artículo 9, Constitución Política del Estado de Bolivia; artículo 3, Constitución Venezuela. En respectiva concordancia con: artículo 3, Argentina, Ley 25.871 Política Migratoria; capítulo III, Bolivia, Decreto-Ley número 13344; artículos 5-9, Costa Rica, Ley número 8487, Ley de Migración y Extranjería; Chile, Decreto con fuerza de Ley número 69 del 27 de abril de 1953 sobre inmigración y el departamento respectivo, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores; Decreto número 521 del 31 de Octubre de 1953, Reglamento para la aplicación del Decreto con fuerza de Ley número 69/53; artículo 4, Ecuador, Ley número 2004, Ley de Extranjería; artículos 1 y 2, Paraguay, Ley número 978 de Migraciones del 27 de Junio de 1996; artículo 4, 5, 6 y 7, Perú, Decreto Legislativo número 703 del 5 De Noviembre de 1991. Ley de Extranjería; artículo 8, República Dominicana, Ley General de Migración número 285-04; artículo 1, Venezuela: Ley número 37. 944 de Extranjería y Migración.

²²² *Ídem.*

²²³ En este sentido, el término coordenadas, usado geográficamente para tratar la delimitación, en este informe de tesis, se denominaran “coordenadas constitucionales” a los principios que se constituyen pivotes de la regulación constitucional de la misma, delimitando su incardinación constitucional e indirectamente constitucional.

²²⁴ Diferentes concepciones sobre los principios constitucionales:...”los principios constitucionales se comportan como ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, cumplen funciones fundamentadoras, interpretativas y supletorias con respecto al ordenamiento jurídico”. *Vid.* ARCE Y ROES-VALDEZ, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, s.e, Madrid, 1990, p. 79. Otro concepto que enuncia la visión de los principios desde el derechos positivo es enunciado por HERNÁNDEZ VALLE, “los principios se extraen de las reglas constitucionales y, una vez determinados, tienen proyección normativa, consisten, pues, en fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas; lo que equivale a afirmar que los principios no siempre constan explícitamente en el texto constitucional (salvo excepciones como la del principio de legalidad), pero que pueden fácilmente deducirse mediante una interpretación estructural y sistemática”. *Vid.* HERNÁNDEZ VALLE, R., *Los principios constitucionales*, Talleres de Mundo Gráfico, S.A., San J., Costa Rica, 1992, p. 5. Otras nociones de principios constitucionales y principios generales del Derecho, *Cfr.* FERNÁNDEZ, Encarnación, “A propósito de los principios”, AA.VV, *Introducción...cit.*, pp. 172 y 173; PÉREZ GALLARDO, L., MATILLA CORREA, A., PRIETO VALDÉS, M., VALDÉS DÍAZ, C. del Carmen, “Aproximación al estudio de algunos principios generales del derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial”, *Revista Jurídica*, número 13, año 8, enero – diciembre, 2006, pp. 53-107.

²²⁵ Al analizar las regularidades históricas sobre la relación jurídica Estado – persona natural extranjera de este capítulo, se detallaron las concepciones *ius* filosóficas de la igualdad en cada momento histórico. Para ver las concepciones teóricas más modernas, *Cfr.* FERRAJOLI L., *Epistemología jurídica...cit.*, p. 293; PERTZOLD PERNIA, H., *Noción de igualdad en el Derecho de algunos Estados de América Latina*, Universidad de Zulia, Facultad de Derecho, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Maracaibo-Venezuela, 1974, *passim*; PÉREZ LUÑO, A., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, tomo IV, Gráficas Ancora S.A., Madrid, 1987, pp. 34 – 56; MORENO FLORES, S. P., “El Principio de Igualdad y no discriminación. A la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A., 2004, pp.38 y ss.

²²⁶ *Vid.* CARBONELL, M. y REY, F., “La Igualdad y los Derechos Humanos”, CARBONELL, M. (Comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de Introducción*, Comisión de Derechos Humanos, México, 2003, pp. 9-30.

²²⁷ Sobre la postmodernidad su influencia en los Estados, las sociedades, el individuo, el consumo, la tecnología y la cultura, *Cfr.* AA.VV, *Modernidad y Posmodernidad*, Ciencias Sociales, La Habana, 1998, *passim*; CANO, L., “Presupuestos Metodológicos para el análisis del postmodernismo”, GUADARRAMA GONZÁLEZ, P. y SUÁREZ GÓMEZ, C., *Filosofía y Sociedad*, tomo I, Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 258 – 267; “El postmodernismo. Temas y Tesis Fundamentales”, *Ídem*, pp. 249- 257; SASTRE, A., *De la posmodernidad...cit.*, p. 67.

²²⁸ Sobre los efectos positivos de la inclusión en los procesos políticos Latinoamericanos más recientes, de las diferentes etnias y de los extranjeros, después de las revoluciones constitucionales, *Cfr.* MARTÍNEZ HEREDIA, F., “Movimientos sociales, políticas y proyectos socialistas”, MARTÍNEZ HEREDIA, F., *Socialismo, Liberación y Democracia. En el horno de los noventa*, Ocean Sur, 2006, pp. 24-46; “Trazando el mapa político de América Latina”, *Ídem*, pp. 47 - 71.

²²⁹ *Vid supra* 1.1.1 y 1.1.2. Pueden consultarse además, *Cfr.* RICORD, Humberto, “Soberanía”, PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Selección de Lecturas de Teoría del Estado y del Derecho*, Félix Varela, La Habana, 2000, p. 6;



VERDROSS, A., *Derecho Internacional... cit.* p. 34; HERDENGEN, M., *Derecho... cit.*, pp.183 - 222; CARPIZO MADRAZO, J., *Derecho Constitucional,...cit.*, pp. 116-126; FREIRE, L., *Derecho Internacional Público, cit...*, p.108; DE LA MADRID HURTADO, M., *Constitución, Estado de Derecho y Democracia*, UNAM, 2004, p. 37.

²³⁰ *Vid supra* 1.1.1 y 1.1.2.

²³¹ Se trata de la Observación General número 27, aprobada en el 67º periodo de sesiones del Comité en 1999, *cit.* CARBONELL, M., M., Sandra y P. P., Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, tomo I, 2ª edición, CNDH, Porrúa, México, 2003, pp. 462-468.

²³² *Vid.* CARBONELL, M., *Los derechos fundamentales en México*, 2ª edición, Porrúa, CNDH, UNAM, México, 2006; FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2005; KYMLICKA, W., *Fronteras territoriales*, Trotta, Madrid, 2006; VITALE, E., *Ius migrandi*, Mesulina, Madrid, 2006.

²³³ *Vid.* MIRAUT MARTÍN, L., *El paternalismo legal*, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, número 6, 2001, p. 198.

²³⁴ Sobre el principio de proporcionalidad, *Cfr.* CARBONELL, M., y GRÁNDEZ CASTRO, P. P. (Coord.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, 2010, *passím*; ALEXY, R., “La fórmula del peso”, *Ídem*, pp.13-43; CARBONELL, M., “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” *Ibidem*, pp.9-13; BERNAL PULIDO, C., “La racionalidad de la ponderación”, *Ibidem*, pp.44-69; PRIETO SANCHÍS, L., “El juicio de ponderación constitucional”, *Ibidem*, pp.85-125.

²³⁵ PRIETO VÁLDÉZ, M., “El ordenamiento jurídico cubano”, AA.VV., *Introducción al estudio del Derecho*, Félix Varela, La Habana, 2002, p 130.

²³⁶ Los instrumentos internacionales mencionados pueden consultarse en: <http://www.un.org>. Los anteriores se han constituido principios en diversos instrumentos internacionales, como la autonomía constitucional del Estado en el Convenio de Roma de 1951 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; además del equilibrio entre los deberes internacionales y la soberanía interna se corrobora en el artículo dos, párrafo siete de la Carta de las Naciones Unidas.

²³⁷ Como referencia a la clasificación constitucional usada en el texto, *Cfr.* PRIETO VALDÉS, M., *El derecho , la constitución y su interpretación*, Tesis doctoral, inédita, 2002 p. 54...”las normas constitucionales pueden ser normas principios, cuando son un simple postulado básico de valores que han de ser desarrolladas mediante la creación de otras disposiciones o la aplicación concreta de las mismas, las que establecen mandatos acerca de la estructura estatal, instituyen o reconocen derechos y deberes para los ciudadanos, las funciones de cada órgano, así como las relaciones entre los mismos y que por tanto obligan directamente a sus destinatarios sin requerir otra instrumentación”...

²³⁸ La técnica legislativa de reenvío sucede cuando una norma se refiere a otra, como parte de su contenido, creando una dependencia respecto de ella en orden a la determinación de su propio sentido. Pueden existir reenvíos internos o externos; son internos, los que remiten a preceptos que se encuentran dentro de la misma ley y externos, si se refieren a normas distintas de aquella en la que se encuentra la “norma de remisión”. *Cfr.* CARRILLO GARCÍA, Y., “Calidad de las leyes...*cit.*, pp.1-41. En este sentido, *Vid.* GALIANA SAURA, A., “La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la LO 4/2000 sobre Extranjería”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2000, pp. 247-272.

²³⁹ LUCAS VERDÚ, P., *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, Dykinson, Madrid, 1997, pp.45-58.



Dimensionamiento teórico de la relación Estado – persona natural extranjera como forma de la relación Estado – individuo. Un acercamiento a su regulación constitucional



Sobre la presente edición:

Primera edición

Esta obra ha sido evaluada por pares académicos a doble ciegos

Lectores/Pares académicos/Revisores: 0021 & 0052

Editorial Tecnocientífica Americana

Domicilio legal: calle 613sw 15th, en Amarillo, Texas. **ZIP:** 79104, EEUU

Teléfono: 7867769991

Fecha de publicación: 26 noviembre de 2024

Código BIC: JPVH1

Código EAN: 9780311000777

Código UPC: 978031100077

ISBN: 978-0-3110-0077-7

La Editorial Tecnocientífica Americana se encuentra indizada en, referenciada en o tiene convenios con, entre otras, las siguientes bases de datos:

