

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes, fuentes internacionales y recepción en Chile

O direito humano à identidade cultural dos migrantes, fontes internacionais e recepção no Chile

Glorimar Leon Silva

Juan Jorge Faundes Peñafiel

VOLUME 19 • N. 1 • 2022

INTERNATIONAL LAW AND CLIMATE LITIGATION

Sumário

CRÔNICAS.....	14
CRÓNICA REVISIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DE INVERSIÓN 2020: 2º ENCUENTRO ANUAL (SANTIAGO DE CHILE, 07-08/06/2021).....	16
Ivette Esis Villarroel e Andrés Delgado Casteleiro	
AS MEDIDAS CAUTELARES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NA CASO ENTRE UCRÂNIA E FEDERAÇÃO RUSSA.....	32
Lucas Carlos Lima	
THE CHALLENGES FACED BY WOMEN LEGAL ACADEMICS (PANEL DISCUSSION).....	39
Eshan Dauhoo	
DOSSIÊ.....	41
EDITORIAL BJIL: INTERNATIONAL LAW AS FUEL FOR CLIMATE CHANGE LITIGATION	43
Sandrine Maljean-Dubois	
THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN CASES OF TERRITORIAL DAMAGE CAUSED TO STATES BY CLIMATE CHANGE	46
Cristiane Derani e Patricia Grazziotin Noschang	
LITIGÂNCIA CLIMÁTICA E LICENCIAMENTO AMBIENTAL: CONSIDERAÇÃO DA VARIÁVEL CLIMÁTICA À LUZ DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE O CLIMA.....	61
Danielle de Andrade Moreira, Carolina de Figueiredo Garrido e Maria Eduarda Segovia Barbosa Neves	
CAMBIO CLIMÁTICO Y ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN AMBIENTAL	80
Gonzalo Aguilar Cavallo, Cristian Contreras Rojas e Jairo Enrique Lucero Pantoja	
VIDAS EM MOVIMENTO: OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO ESPAÇOS DE JUSTIÇA PARA OS MIGRANTES CLIMÁTICOS.....	104
Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville e Diogo Andreola Serraglio	

EMERGÊNCIA CLIMÁTICA E DIREITOS HUMANOS: O CASO DO FUNDO CLIMA NO BRASIL E AS OBRIGAÇÕES DE DIREITO INTERNACIONAL.....	126
Gabrielle Albuquerque, Gabrielle Tabares Fagundez e Roger Fabre	
PERSPECTIVAS DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA EM FACE DE EMPRESAS: O CASO MILIEUDEFENSIE ET AL. VS. ROYAL DUTCH SHELL.....	145
Julia Stefanello Pires e Danielle Anne Pamplona	
THE EFFORTS TO RESPOND TO CLIMATE CHANGE AND IMPLEMENTATION OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS (SDGS) FROM THE HARDEST-AFFECTED COUNTRIES: VIETNAM CASE ANALYSIS.....	164
Yen Thi Hong Nguyen e Dung Phuong Nguyen	
CONSTITUCIONALISMO CLIMÁTICO COMO FUNDAMENTO TRANSNACIONAL AOS LITÍGIOS CLIMÁTICOS	192
Délton Winter de Carvalho	
ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS	205
A AGENDA 2030: O COMPROMISSO DO BRASIL COM A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL E O COMBATE AO TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS	207
Gilmara Benevides C. S. Damasceno	
BIOECONOMY AND THE NAGOYA PROTOCOL.....	223
Danielle Mendes Thame Denny	
THE INCLUSION OF THE DIGITAL SEQUENCE INFORMATION (DSI) IN THE SCOPE OF THE NAGOYA PROTOCOL AND ITS CONSEQUENCES.....	241
Aírton Guilherme Berger Filho e Bruna Gomes Maia	
POLITICAL ECONOMY OF SMART CITIES AND THE HUMAN RIGHTS: FROM CORPORATIVE TECHNO-CRACY TO SENSIBILITY	258
Norberto Milton Paiva Knebel, Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges	
OS IMPACTOS ECONÔMICOS POSITIVOS DA MIGRAÇÃO NA EUROPA: A OPORTUNIDADE QUE NÃO PODE SER PERDIDA	275
João Luís Nogueira Matias e Gabriel Braga Guimarães	

EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS MIGRANTES, FUENTES INTERNACIONALES Y RECEPCIÓN EN CHILE.....289

Glorimar Leon Silva e Juan Jorge Faundes Peñafiel

O MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A RELAÇÃO HETERÁRQUICA ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO 319

Thiago Carvalho Borges

APPLICATION OF ARTICLE 5 OF THE ECHR TO THE DETENTION OF A PERSON WHO HAS COMMITTED A CRIMINAL OFFENSE.....336

Vitalii A. Zavhorodnii, Oksana Orel, Galyna Muliar, Olga I. Kotlyar e Volodymyr Zarosylo

O BANCO MUNDIAL FRENTE AO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINO-AMERICANO: PANORAMA GERAL E PASSOS CONCRETOS354

Armin Von Bogdandy e Ebert Franz

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: LIÇÕES DO ANO JUDICIÁRIO DE 2019-2020 E UMA BREVE HOMENAGEM A RUTH BADER GINSBURGH380

João Carlos Souto e Patrícia Perrone Campos Mello

REVISÃO JUDICIAL ABUSIVA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADPFs ENTRE MARÇO DE 2020 E FEVEREIRO DE 2021.....400

Carina Barbosa Gouvêa e Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco

O PRINCÍPIO DAS NACIONALIDADES NO BANCO DE PROVAS DA CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL BRASILEIRA: CONFRONTOS ACERCA DA TEORIA DE PASQUALE STANISLAO MANCINI NO NOVO CONTINENTE 421

Arno Dal Ri Junior

El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes, fuentes internacionales y recepción en Chile*

O direito humano à identidade cultural dos migrantes, fontes internacionais e recepção no Chile

Glorimar Leon Silva**

Juan Jorge Faundes Peñafiel***

Resumen

En este artículo, afirmamos la existencia de un derecho humano de los migrantes a su identidad cultural en el ámbito jurídico chileno, a la luz de su justificación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su incorporación al derecho interno de dicho país. Luego, evaluamos el cumplimiento jurisprudencial de las obligaciones que emanan de este derecho. Para ello, primero, revisaremos sus fuentes internacionales, la jurisprudencia internacional aplicable, junto a la doctrina relevante; segundo, revisamos la incorporación de este estándar internacional migratorio en el ordenamiento jurídico chileno, atendiendo a los criterios jurisprudenciales emanados de los máximos tribunales de este país. Los resultados serán expuestos en tres partes: (i) revisión panorámica del Sistema Universal de Derechos Humanos y los sistemas regionales en relación con el derecho humano a la identidad cultural focalizado en los migrantes; (ii) estudio del derecho chileno aplicable a los migrantes y su derecho humano a la identidad cultural; (iii) evaluación de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de este país. La metodología es de estudio dogmático de las fuentes normativas, revisión bibliográfica y verificación jurisprudencial.

Palabras clave: Identidad cultural; Derechos humanos; No discriminación; Migrantes; Jurisprudencia Chile

Abstract

The migratory phenomenon is complex in nature and raises, among other issues of broad treatment, the exercise of the right to cultural identity of migrants in regional contexts. But does this right really exist in the Chilean legal sphere in favor of these groups? There are several international human rights instruments of which its progressive development can be observed; and, nevertheless, there are frequent cases in which their protection is denied or limited in the regional spheres through the unequal treatment of people based on their origin and customs. The purpose of this article is to justify the existence of the right to cultural identity in favor of migrants in

* Recibido em 20/01/2022

Aprovado em 15/03/2022

“Este artículo es parte del Proyecto Fondecyt de Postdoctorado “Inmigración y derecho a la identidad cultural: problemas y estándares para la regulación en Chile”. N° 3210773, 2021-2023.”.

** Abogada por la Universidad Rafael Bellosó Chacín (URBE), Estado Zulia, Venezuela. Magister en Ciencias, Maestría Latinoamericana en Ciencias Penales y criminológicas, Universidad del Zulia (LUZ), Venezuela. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Chile, Santiago de Chile. Investigadora posdoctoral, Instituto de Investigación en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile”

Email: glorimar.leon@uautonoma.cl

*** Abogado por la Universidad Austral de Chile, Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina por la Universidad de Artes y Ciencias Sociales, Chile. Académico Investigador, Instituto de Investigación en Derecho, Grupo de Investigación en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile
Email: juanjorgef@gmail.com

Chile under an interpretative approach of the national law applicable to the migratory field and the incorporation to this of the existing international standard on the matter. To do this, we will review the main international instruments erected in the matter together with the most relevant doctrine and pertinent international jurisprudence. Next, we will review the incorporation of this international standard into the current Chilean regulations applicable to the immigration field, considering the jurisprudential criteria emanating from the highest Chilean courts. The results will be presented in three parts: (i) panoramic review of the Universal Human Rights System and regional systems in relation to the human right to cultural identity focused on migrants; (ii) study of Chilean law applicable to migrants and their human right to cultural identity; (iii) evaluation of the jurisprudence of the superior courts of justice of this country. The methodology is the study of normative sources, bibliographic review and verification based on jurisprudential review.

Keywords: Cultural identity; Human rights; Nondiscrimination; Migrants; Jurisprudence; Chile

1 Introducción

En el fenómeno migratorio es común observar múltiples formas de discriminación hacia los migrantes¹. Se trata de prácticas que, bajo distintos argumentos², desconocen los derechos inherentes a la dignidad humana de los integrantes de estos grupos³ e incrementan su

vulnerabilidad⁴. Estas interacciones y conflictos culturales⁵ plantean la cuestión del ejercicio efectivo del derecho a la identidad cultural (DIC) de los migrantes.

En el ámbito universal son diversos los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales se fundamenta y ha desarrollado progresivamente el DIC como un derecho humano, aunque son frecuentes los casos en los que se deniega o limita jurisprudencialmente (en el grado de la afectación) el amparo de este derecho de los migrantes en contextos nacionales. En ese marco, en este estudio nos preguntamos si en Chile se reconoce el derecho humano a la identidad cultural de los migrantes. Para responder la pregunta, se examinará: (i) el estándar internacional desarrollado sobre el derecho humano a la identidad cultural, (ii) su incorporación en el derecho interno chileno y (iii) su reconocimiento jurisprudencial por los tribunales superiores de justicia en dicho país.

Para el examen del derecho humano a la identidad cultural y su titularidad por los migrantes, se utilizan dos acercamientos normativos: (i) un enfoque interpretativo de amplio espectro con base al principio de igualdad y no discriminación; (ii) un enfoque estricto relativo a la protección de las minorías.

Se usará una metodología dogmática y hermenéutica que será complementada con revisión bibliográfica y de jurisprudencia. En particular, las afirmaciones del estudio de las fuentes normativas serán verificadas con el estudio de jurisprudencia internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de las máximas cortes chilenas: Tribunal Constitucio-

¹ SOLÉ, Carlota; PARELLA, Sònia; ALARCÓN, Amado; BERGALLI, Valeria; GIBERT, Francesc. El impacto de la inmigración en la sociedad receptora. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, España, 90, p. 31-157. 2000. p. 133; OIM. *Glosario sobre migración, 2006*. Disponible en: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf. Acceso: 3 mar. 2017. p. 329.

² Las razones de estas prácticas están relacionadas con las características raciales, nacionalidad y estatus legal de los migrantes. CRÉPEAU, François. *Derechos humanos de los migrantes*: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/69/302, 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/99/PDF/N1450199.pdf?OpenElement>. Acceso: 13 mar. 2020.

³ CASTILLO, Luis. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 10, n. 2, p. 231-280, 2012. p. 233-234. Persona es todo ser humano según lo regula el Derecho Internacional moderno. El artículo 24 de la CIPDTMYF reitera la personalidad de los migrantes, lo que ha sido reiterado por la Corte IDH: *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003)*, 17

septiembre 2003, Serie A N° 18, párr. 72.

⁴ Sobre la noción de vulnerabilidad véase, MARÍÑO Fernando, FERNÁNDEZ Carlos. Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. En: FERNÁNDEZ, Liesa; MARÍÑO, Fernando (coord.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 19-26; MELLO, Patricia. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 254-286, 2019; MELLO, Lacerda. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020. p. 203-238.

⁵ BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. New Jersey: Princeton university press, 2002; DE LUCAS, Javier. *Europa. Derechos, Culturas*. Valencia: PUV, Tirant lo Blanch, 2006.

nal (TC), Corte Suprema (CS) y Cortes de Apelaciones (CA).

Los resultados serán expuestos en tres partes. La primera, dedicada a la revisión panorámica del estándar internacional desarrollado en el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) y los subsistemas de protección regionales -Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH)- revisando los principales instrumentos internacionales erigidos en la materia, las observaciones generales y demás resoluciones emanadas de los órganos creados para la vigilancia del cumplimiento de estos, junto a la doctrina y jurisprudencia internacional más relevante. La segunda, dedicada a la revisión de la incorporación de este estándar internacional en la normativa chilena vigente aplicable al ámbito migratorio, constitucional y su adecuación legal. La tercera, que aborda su reconocimiento, interpretación y aplicación por parte de los máximos tribunales chilenos.

2 El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en los instrumentos internacionales de derechos humanos: justificación y jurisprudencia

El DIC esta imbricado en las libertades inherentes a la dignidad de la persona y su ejercicio es un presupuesto del respeto a la diversidad cultural democrática. Se trata de un *derecho síntesis* que abarca transversalmente tanto derechos individuales como colectivos que requiere de la realización efectiva del ejercicio de todos los derechos humanos y, a la inversa⁶. Considera dos derechos enlazados: identidad y cultura⁷. Se trata de un derecho inherente a toda persona, sujeto a interpretaciones humanas y a constante reinterpretación⁸. El ejercicio del

DIC puede ser observado desde sus dos vertientes jurídicas: como un derecho colectivo y como un derecho individual⁹. Los requerimientos relativos al DIC han de diversificarse dependiendo de las necesidades particulares de cada grupo. En el caso de los migrantes, este acercamiento estará vinculado a sus sistemas de valores, creencias, tradiciones y empleo de su idioma, reflejando mayor intensidad respecto de su cohesión y cultura por resistir el desarraigo territorial.

El reconocimiento del DIC ha ganado terreno a la luz de la interpretación de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁰. Por ello, en esta revisión panorámica tomaremos en cuenta las fuentes de índole general que reconocen el DIC en concreto o bien que prohíben la discriminación, junto a las de tipo específico adoptadas para la protección de grupos étnicos, minorías y migrantes¹¹, enmarcados como grupos vulnerables¹².

Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/59>. Acceso: 10 dic. 2020. parr. 8; RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, p. 43-69, 2006;

⁹ Para mayor abundamiento respecto de estas perspectivas (individual y la colectiva), véase DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural: ¿derecho de la persona o derecho de los pueblos?* Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

¹⁰ Véase, SHAHEED, Farida. *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/36*. 2010. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/14/36>. Acceso: 10 dic. 2020. Si bien el reconocimiento del DIC se observa en instrumentos que constituyen normas de *hard law*, también está presente en declaraciones o normas de *soft law* sin valor vinculante internacional, pero de gran influencia dentro de sus respectivos sistemas. Ello no obsta para deducir que se trata de un derecho autónomo que se desarrolla como una norma emergente y cuyo ejercicio puede ser parte importante de otros derechos humanos existentes. En el ámbito Interamericano, la CADH no contempla expresamente el DIC, pero su defensa ha sido esgrimida con base en el deber de respetar integralmente los derechos de la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación (CADH, arts. 1.1, 24, 21, 29b).

¹¹ La ONU a través de los órganos creados en base a su Carta (Consejo de Derechos Humanos y los comités), monitorea el cumplimiento de los principales tratados de derechos humanos. En este orden de ideas, el derecho migratorio internacional se nutre del Derecho Internacional de los derechos humanos y de la concreción que de estos efectúan los órganos de protección. Sobre esto, véase SHAW, Malcolm. *International Law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 304-341; MURPHY, Sean. *Principles of International Law*. Washington: Thomson West, 2006. p. 320-326.

¹² FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. "Grupos vulnerables". Em: Jovino Pizzi; Maximiliano Censi (coord.). *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologías Sociales, Universidad Federal de Pelotas (UFPel) – Brasil.

⁶ RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, p. 43-69. 2006. p. 44. OLIVARES, Alberto. El Derecho a la identidad cultural. En: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2019. p. 175-190.

⁷ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019.

⁸ BENNOUNE, Karima. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/HRC/31/59*, 2016.

Conforme se indica introductoriamente, para el estudio del derecho a la identidad cultural por parte de los migrantes en el ámbito del Derecho Internacional, seguiremos el siguiente esquema: (i) bajo un enfoque interpretativo de amplio espectro en base al principio de igualdad y no discriminación; (ii) bajo un enfoque interpretativo estricto en base a la protección de las minorías; (iii) Jurisprudencia internacional: Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el ejercicio del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes.

2.1 El derecho a la identidad cultural de los migrantes en los instrumentos internacionales de derechos humanos: bajo un enfoque interpretativo de amplio espectro en base al principio de igualdad y no discriminación

El reconocimiento de los derechos culturales en los diversos instrumentos internacionales¹³ ofrece posibilidades para la protección del DIC¹⁴. Mas allá de aquellos que contienen previsiones taxativas a la *cultura*¹⁵ o tér-

2021. p. 104-1015.

¹³ Estas previsiones hacen referencia a la cultura contemplando muchos de los elementos esenciales de la identidad cultural, tales como: la participación en la vida cultural (derecho a actuar libremente y a escoger su propia identidad e identificarse o no con una o con varias comunidades), el acceso a la vida cultural (comprende, en particular, el derecho a conocer y comprender su propia cultura); y, la contribución a la vida cultural (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural* (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021. parr. 9). Tales previsiones internacionales se traducen a su vez, en la obligación de los Estados parte de reconocer, respetar y proteger la cultura de las minorías como componente esencial de su propia identidad. Ello se extiende a los migrantes, incluyendo -entre otros aspectos- su idioma, religión y folclore (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural* (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021. parr. 32 y 34).

¹⁴ DONDERS, Yvonne. Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed! *Diritti umani y diritto internazionale*, v. 12, n. 5, p. 525-548, 2018.

¹⁵ Respecto de aquellas que conforman normas de *hard law*, se leen previsiones -por citar las más relevantes- en: la Convención para

minos alusivos a la *identidad*, su reconocimiento efectivo descansa, en primer término, sobre la protección del *principio de Igualdad y no discriminación*¹⁶, presente en numerosos instrumentos internacionales¹⁷. Este principio emana de la dignidad personal¹⁸ que -entendida como una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano independientemente de su condición de nacional o extranjero- exige el respeto de su legítima esfera de autonomía e independencia¹⁹ y permite deducir²⁰ el DIC como derecho humano.

la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales; y, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta participación en la cultura tiene una amplia connotación, implicando no solo el derecho de los individuos a actuar en libertad, a escoger su propia identidad y a manifestar sus propias prácticas culturales, sino también el derecho a *no participar* en estas prácticas, en particular aquellas que vulneran los derechos humanos y la dignidad de la persona, véase, SHAHEED, Farida. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/67/287, 2012*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso: 3 oct. 202. parr. 5 y 25. Respecto de aquellas que comprenden normas de *soft law*, por citar algunas: la Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

¹⁶ Coincidimos con Ramírez en su nueva conceptualización para hacerle más efectivo, como emancipación y como una carta de navegación que permite que el sistema internacional de derechos humanos -conformado por el conjunto de derechos identificados y definidos como prioritarios- determine el modo de su aplicación y su prelación frente a sujetos específicos. Esta nueva óptica propone alcanzar una simetría entre las culturas contrastantes, colocarlas en una misma situación de prelación y generar los mecanismos necesarios para que esta igualdad se traduzca en respeto a los derechos, al marco institucional, y a la vez construir espacios de interacción y de diálogo intercultural. Véase, RAMÍREZ, Silvina. Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas. En: MARCELO ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord.). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012. p. 30-50. p. 44.

¹⁷ Algunos de estos instrumentos en el ámbito universal e interamericano son: Carta de la OEA; CADH; DADH; Protocolo de San Salvador; PIDESC; PIDCP; CIEDR; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas; Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven.

¹⁸ Un concepto v: MARÍN, M^a Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 9, p. 1-8, 2007. p. 2; VALLS, Ramón. El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 5, p. 278-285, 2015. p. 283-285). También v. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹⁹ HÜBNER, Jorge. *Panorama de los derechos humanos*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1973. p. 19.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. LV, p. 3-25, 2010.

Una primera fuente normativa es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* (DUDH), cuyo *Preámbulo* reivindica el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y su artículo 27 reconoce el derecho de *toda persona* a tomar parte libremente en la vida cultural de su comunidad²¹ por tratarse de un componente esencial de la propia identidad²². Este derecho se reafirma en el artículo 5 de la *Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural del año 2001*²³ y, más explícitamente en el artículo 5 letra f) de la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, cuyo texto contiene claras referencias al ejercicio del DIC por parte de los migrantes.

Los artículos 27 y 2.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) estipulan la obligación de los Estados de brindar un trato no discriminatorio a los migrantes que se encuentren bajo su jurisdicción²⁴. Asimismo, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) -en su artículo 15.1 literal a- también hace referencia al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, incluyendo a los migrantes con base en el principio de igualdad y

no discriminación. A su vez, el artículo 31 de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares*, respecto del resguardo del DIC de los migrantes en contextos laborales, requiere igualdad de trato y mismas condiciones entre estos y los nacionales; y cuya aplicación se extiende a sus familiares²⁵.

En el ámbito universal la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* de 1965 (CIEDR)²⁶, es un instrumento de tipo específico adoptado específicamente para combatir la discriminación. Su artículo 1° define la discriminación racial y prohíbe las actuaciones discriminatorias en cuanto al goce de los derechos²⁷. Así, la diferencia de trato basada en la condición de migrante constituye discriminación si los criterios para establecer esa diferencia -en atención a los objetivos y propósitos de la CIEDR- no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de este²⁸.

²¹ Aunque la DUDH no goza de carácter vinculante, lo cierto es que se reserva afirmar el carácter imperativo de los principios que la integran, e insta a todos a que se guíen por ellos, lo que resulta de vital importancia para la realización de los propósitos de las Naciones Unidas. Véase, REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público*. Principios fundamentales. Madrid: Tecnos, 1987. Tomo I. p. 69. En igual sentido, GRIGORY IVANOVITCH, Tunkin. *Droit international public*. problèmes théoriques. Paris: Editions A. Pedone, 1965. p. 100.

²² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21*: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021.

²³ En este instrumento se extiende a *toda persona* el derecho de poder participar en la vida cultural que elija y ejercer sus propias prácticas culturales en su artículo 5.

²⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 31*: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004. Disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=478b26ea2>. Acceso: 8 sep. 2021. párr. 10-11; CORTE IDH. Resolución 2/11 sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos, Medidas Cautelares 259-02, 2002. disponible en <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%202-11%20Guant%C3%A1namo.pdf>. Acceso: 5 abr. 2021.

²⁵ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. *Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, documento de las Naciones Unidas CMW/C/GC/2, 2013*. Disponible en: <https://www.mre.gov.py/SimorePlus/Adjuntos/Informes/CMW%20N%C2%BA%202.pdf>. Acceso: 1 oct. 2020. Junto a la protección de la identidad cultural se incluye el reconocimiento de otros derechos culturales a los trabajadores migrantes y sus familiares, a través de diversas previsiones: el artículo 43, párrafo 1 g) y el artículo 45, párrafo 1 d), sobre el acceso a la vida cultural y la participación en ella.

²⁶ Este instrumento fue inspirado en la *Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* de 1963.

²⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, 2002*. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1975>, Acceso: 10 mar. 2021. p. 24; PALACIOS TREVIÑO, Jorge. Los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. En: OEA (editor). *Universalismo y Regionalismo a Inicios del Siglo XXI*. Río de Janeiro: OEA, 2010. p. 427-452. p. 441.

²⁸ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Recomendación General N° 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos, 2004*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc37ca.html>. Acceso: 30 mayo 2021. párr. 4. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha insistido en el deber de adoptar medidas proporcionales: “El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento... explique las razones de la aplicación de medidas restrictivas” (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.7, 1986*. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgen>

Este principio de igualdad y no discriminación se asegura en otros instrumentos internacionales como presupuesto para el resguardo de otros derechos, tales como: A) integridad personal y un trato humano acorde a la dignidad de los inmigrantes y sus familiares privados de libertad²⁹; B) Derecho a la enseñanza de la lengua y cultura maternas en la educación de los hijos de los trabajadores migrantes en situación regular e irregular³⁰; C) Protección de las tierras, territorios y recursos, así como aquellos territorios tradicionales donde se encuentran sus hogares y sus familias y demás espacios en los que practican sus culturas y aseguramiento de las conexiones de los pueblos indígenas con estos territorios tradicionales³¹, incluso para aquellos que han migrado por razones de trabajo o estudio³²; D) Derecho a la salud de los inmigrantes, mediante políticas que promuevan estos servicios tomando en cuenta consideraciones culturales y de género y que favorezcan una reducción de los obstáculos lingüísticos, de comunicación y culturales³³.

com15.html. Acceso: 3 nov. 2020. parr. 14, 15).

²⁹ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. *Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, documento de las Naciones Unidas CMW/C/GC/2, 2013*. Disponible en: <https://undocs.org/es/CMW/C/GC/2>. Acceso: 4 oct. 2020. parr. 15.

³⁰ MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. *Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, documento de las Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2012/3, 2012*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso: 10 dic. 2020. parr. 78.

³¹ Sobre el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas véase, FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho, matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019; FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020; FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020. FAUNDES, Juan Jorge; BUEN DÍA, Paloma. "Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL". *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, 2021.

³² MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. *Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, documento de las Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2012/3, 2012*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso: 10 dic. 2020. parr. 24.

³³ BUSTAMANTE, Jorge. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/30, 2010*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/>

Así, podemos sostener que en todas las fuentes en que se funda la prohibición de discriminación —más allá de sus diferencias— coinciden las categorías sospechosas relativas a la raza, el color, el lenguaje, la religión, el origen nacional, el origen social, lugar de nacimiento, pero resguardan los aspectos vinculados a la identidad y la cultura. Asimismo, la interpretación de distintos órganos de supervisión informa la aplicación del principio de igualdad y no discriminación respecto de los migrantes como imperativo del Derecho Internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado y aplicable los migrantes³⁴.

En consecuencia, una interpretación amplia de los diversos instrumentos internacionales antes revisados nos permite observar la reiterada presencia de prohibiciones de discriminación arbitraria en relación con el trato que se brinda a los migrantes en lo tocante al ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales. Ello se traduce en el deber de reconocimiento por parte de los Estados de las diferencias y particularidades de los migrantes como un elemento de su dignidad personal. Todo ello fundamenta el ejercicio del DIC de los migrantes en base al principio de igualdad y no discriminación.

2.2 El derecho a la identidad cultural de los migrantes en el Derecho Internacional de los derechos humanos: enfoque interpretativo estricto en base a la protección de las minorías

Desde una perspectiva interpretativa estricta focalizada en la protección de las minorías, primero, respecto de las fuentes, el reconocimiento del DIC se regula en el artículo 27 (concatenado con el artículo 2) del PIDCP, imponiendo a los Estados el deber de permitir que los miembros de minorías ejerzan su identidad cultural. Se trata de un derecho autónomo³⁵ extensible a todos los individuos que se encuentren en el territorio de estos Estados y estén sujetos a su jurisdicción³⁶. Luego, el

HRC/14/30. Acceso: 4 oct. 2020.

³⁴ CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003)*, 17 septiembre 2003, Serie A N° 18.

³⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 23: Derecho de las minorías (artículo 27)*, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (VI), 1994. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)). Acceso: 30 jul. 2021.

³⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 23: Derecho de las minorías (artículo 27)*, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (V. I), 1994. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(V.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(V.I)).

artículo 1 de la *Declaración de la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, adoptada en 1992, establece un vínculo entre el resguardo de sus derechos y el desarrollo de la sociedad en su conjunto dentro de un marco democrático basado en el estado de derecho.

Respecto de la protección del DIC en el caso particular de las minorías étnicas el Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio N°169 de la OIT)³⁷ plantea dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y, su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Las disposiciones iniciales de este convenio configuran -junto a las recomendaciones de los relatores de Naciones Unidas- un estándar internacional para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas³⁸. Asimismo, en base al principio de igualdad y no discriminación -y bajo una interpretación amplia de este convenio- sus disposiciones también incluyen a los migrantes que, aunque se encuentren fuera de sus territorios de origen, pertenezcan a estas minorías étnicas (art. 1 letras a) y b) del Convenio 169 de a OIT)³⁹.

ps://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(V.I). Acceso: 30 jul. 2021. parr. 5.1 y 5.2.

³⁷ Otras organizaciones internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también han elaborado normas sobre la protección de los derechos culturales y el ejercicio de la identidad cultural. Nos referimos aquí a la protección internacional de estos derechos respecto de los pueblos indígenas y tribales. En las previsiones de este instrumento se plantean dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y, su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. De modo tal que, de sus previsiones se desprende la protección del derecho a la identidad cultural.

³⁸ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho, matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019; FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Lus et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020; FAUNDES, Juan Jorge. *Horizontes Constituyentes*. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: Los casos de Chile y Bolivia. Curitiba: Editora Appris, 2020; FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020.

³⁹ Así también lo ha entendido el Consejo de Derechos Humanos al interpretar las previsiones del artículo 30 del convenio 169 de la OIT (OIM. respuestas presentadas por la Organización Internac-

En segundo lugar, respecto de migrantes como titulares del DIC y bajo el enfoque estricto de protección de las minorías, es necesario establecer lo que entendemos por *minorías*” y *“grupos vulnerables”*, categorías contenidas y usadas, indistintamente, en los instrumentos internacionales justificantes del DIC.

El significado de una u otra noción puede ser equivalente o no según el contexto normativo o el enfoque del DIC que lo defina. Adicionalmente, en relación con las lecturas de los sistemas regionales de derechos humanos, hemos de tener presente que los respectivos tribunales -europeo e interamericano de derechos humanos- han tomado decisiones, principalmente, en relación con grupos humanos diversos y en contextos bien diferentes: “minorías nacionales” en Europa y “pueblos indígenas” en América. No obstante, desde las propias fuentes, esta titularidad del DIC se reconoce sobre la base de (i) una identidad cultural compartida y (ii) la autodefinition de los grupos, como elementos materiales en común reconocidos a “minorías nacionales” (especialmente en el caso europeo) y “pueblos indígenas” (en particular en el caso interamericano)⁴⁰. Así, el tratamiento específico del respectivo grupo depende, en gran medida, de cada sistema regional de derechos humanos, incluso del orden nacional y de los instrumentos internacionales con los que se vincula cada Estado y que circunscriben, en definitiva, el respectivo marco jurídico aplicable y los titulares del DIC en cada contexto⁴¹.

ional para la Migraciones (OIM) a algunas de las preguntas realizadas por la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia realizada en el marco de la solicitud de opinión Consultiva sobre niñez migrante los días 9 y 10 de octubre de 2013, documento de la OIM DR/CDH/091, 2013. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/complementarias/escrito-OIM-14-11-2013.pdf>. Acceso: 4 sep. 2021. parr. 29). El artículo 20.3 a) del Convenio 169 de la OIT, también regula el deber del Estado de brindar igual protección en las condiciones de trabajo con arreglo a la legislación laboral del territorio en el que estos migrantes indígenas se encuentren. Al efecto, la calidad de trabajador migrante ha sido una de las características más destacables de los integrantes de los pueblos originarios, por lo que, el establecimiento de las anteriores normas internacionales se originó, en un comienzo, en razón a su condición de trabajadores, como parte importante de la naturaleza de dichos individuos (GROS ESPIELL, Héctor. *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*. México: UNAM, 1978. p. 13).

⁴⁰ AGUILAR, Gonzalo. *La dinámica internacional de la cuestión indígena*. Santiago: Librotecnia. 2007. p. 315.

⁴¹ Véase: TONIATTI, Roberto. *El paradigma constitucional de la inclusión de la Diversidad cultural: notas para una comparación Entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latino américa*. 2015 Disponible en: http://www.jupls.eu/images/JPs_WP_RT_Ponencia_2015.pdf. Acceso: 3 oct. 2021.

Son diversos los intentos de definir lo que debe entenderse por minorías⁴². Por ejemplo, entre otros, se ha focalizado en la *nacionalidad*, pero como criterio diferenciador puede excluir como titulares de derechos las *minorías* a ciertas personas o grupos⁴³. También se han caracterizado en base a la *posición no dominante*⁴⁴ del grupo en cuestión, lo que se observa en los grupos migratorios en las sociedades de acogida. Esta perspectiva es especialmente relevante, en la práctica, al observarse características comunes entre los migrantes y las *minorías* —nacionales, étnicas, lingüísticas y religiosas— que, generalmente, se encuentran en una posición *no dominante* respecto de las diferentes culturas, idiomas o creencias religiosas de sociedad mayoritaria en que viven.

Así, para los efectos de esta investigación, siguiendo a María José Andrade, entendemos que: (i) no existe una definición convencional internacional única, aceptada universal o regionalmente, sobre “minorías nacionales⁴⁵”; (ii) no obstante, siguiendo la doctrina mayoritaria, es posible definir “minoría nacional” como:

Un grupo *no dominante*, generalmente inferior en número al resto de la población de un Estado en el que están insertos y se encuentra compuesto cuyos integrantes comparten una identidad cultural común y formas de vida —etnia, religión, tradiciones o costumbres—, distintas de la cultura mayoritaria y que buscan preservar.⁴⁶

⁴² Véase la definición planteada por los relatores Capotori (CAPOTORI, Francesco. *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021. párr. 568) y Deschenes (DESCHENES, Jules. *Proposal concerning a definition of the term “minority”*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/31, 1985. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/88267?ln=en>. Acceso: 7 agosto 2021. párr. 181).

⁴³ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORIAS. *Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 2005. Disponible en: file:///C:/Users/56931/Downloads/E_CN.4_Sub.2_AC.5_2005_2-ES.pdf. Acceso: 11 jul. 2021. párr. 6.

⁴⁴ Frase utilizada por Capotori en 1979 (CAPOTORI, Francesco. *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021. párr. 568).

⁴⁵ SORIANO DÍAZ, Ramón Luis. *Los Derechos de las Minorías*. Madrid: Editorial Mad, 1999. p.18; RUIZ, Eduardo. *Minorías Europeas y Estado de Derecho*. En: GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel (ed.). *Las Minorías en una Sociedad Democrática y Pluricultural*. Madrid: Universidad de Alcalá, 2001. p. 51-90. p. 59.

⁴⁶ ANDRADE, María José. *Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos*. *Revista Campos en Ciencias Sociales*, n. 6, v. 2, p. 13-48. p.

Paralelamente, sin que signifique una oposición conceptual, también se utiliza un enfoque centrado en la “vulnerabilidad”, conforme el cual, para Mariño las “minorías” o “grupos minoritarios”, también son grupos vulnerables⁴⁷. En este marco, la vulnerabilidad, es comprendida como la falta o desequilibrio de poder y subrepresentación por parte de grupos específicos⁴⁸. En este contexto, entenderemos por “grupo vulnerable” (concepto de frecuente uso doctrinal) a las colectividades de individuos que: (i) participan de formas de vida usualmente diversas al patrón social y/o cultural dominante y, como resultado de ello, son estigmatizados socialmente; (ii) tienen un status en desventaja para el ejercicio de sus derechos, en general de facto, pero a veces jurídico, respecto a los demás ciudadanos, siendo objeto de prácticas discriminatorias (explícitas o implícitas); (iii) presentan dificultades para que sus demandas sean consideradas por medio de la representación política (en los poderes legislativo y ejecutivo); (iv) demandan acciones de protección específicas para su defensa y/o para reducir las brechas relativas a su igualdad jurídica y especialmente política material⁴⁹. Desde este enfoque material, efectivamente, “grupos vulnerables” y “minorías nacionales”, por una parte, comparten factores comunes (como la situación de desventaja social y política frente a los sectores mayoritarios); y, por otra, la identidad cultural es un elemento base de las minorías nacionales que puede estar presente o no en los grupos vulnerables según el grupo en particular de que se trate.

Conforme lo planteado, podemos sintetizar que los migrantes son grupos en que: (i) la identidad cultural es un elemento de cohesión colectiva; (ii) muchas veces son, efectivamente, grupos de población numéricamen-

15-16: ARP, Jörn. *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 405. CAPOTORI, Francesco. *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021. párr. 568.

⁴⁷ MARIÑO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos. Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. En: FERNÁNDEZ, Liesa; MARIÑO, Fernando (coord.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 24.

⁴⁸ BUSTAMANTE, Jorge. *Un marco de referencia acerca de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de los derechos humanos*. Taller sobre mejores prácticas en materia de migración. CEPAL, 2000.

⁴⁹ FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. “Grupos vulnerables”. Em: PIZZI, Jovino, CENSI, Maximiliano. (coord.), *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologías Sociais, Universidad Federal de Pelotas (UFPel). 2021. Tb. v. Mariño, 2001, p. 21-23.

te minoritaria, pero no siempre, como en algunos países latinoamericanos; y, no obstante, (iii) sí se caracterizan por su desventaja social y política.

En consecuencia, este derecho puede ser reclamado por los migrantes⁵⁰ como nuevas minorías y bajo las razones antes expuestas. Entonces, el reconocimiento del derecho a *ejercer* la identidad cultural (a sostener individual y colectivamente sus *modos de vida*, valores culturales, cosmovisión, religiosidad, etc.) para el caso de los migrantes, bajo una interpretación estricta de los instrumentos internacionales, subyace en la base de su estatus internacional de integrantes de *minorías*. Los Estados que han suscrito y ratificado estos instrumentos internacionales tienen el deber de asegurar la realización y el ejercicio del DIC en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales adoptadas en la materia⁵¹. Las peticiones o reclamos que plantean las diferentes *minorías* respecto del DIC varían según sus necesidades y experiencias particulares⁵². La propia *Declaración sobre los dere-*

chos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas hace referencia a cuatro categorías diferentes, cuyos derechos tienen un contenido diferente en base a las necesidades de estos grupos, como *minorías: religiosas, lingüísticas, étnicas y nacionales*⁵³. Al mismo tiempo convergen en la necesidad de los migrantes de conservar aquellos símbolos, narraciones, costumbres, lenguas e historias que formen parte del modo en que se perciben a sí mismos como personas y su sentido de pertenencia a determinadas culturas. En consecuencia, la promoción y la protección de los derechos de las minorías exige que los Estados presten particular atención tales a cuestiones.

⁵⁰ KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 17, p. 11-50, oct. 2007. p. 19.

⁵¹ Algunos autores sostienen que el Estado no estaría obligado a proteger y promover la identidad cultural de todos los grupos que se encuentran en su territorio ya que estos voluntariamente han renunciado a su cultura al salir de sus territorios y que por lo tanto este deber solo subyace respecto de los grupos etno-culturales (RUIZ CHIROBOGA, Oswaldo El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 5, año 3, p. 43-69. 2006; KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 17, p. 11-50, oct. 2007). Sin embargo, este tipo de distinciones no hace más que exacerbar sus diferencias y conceder mayores beneficios para unos (grupos étnicos nacionales), respecto de los migrantes, e ignora aquellos casos en los que estos últimos salen de sus territorios por razones forzadas. Por ello, sostenemos -como expondremos más adelante- que en virtud de lo contemplado en el artículo 27 del PIDCP en conjunto con otros instrumentos aplicables, que el DIC debe ser reconocido para los migrantes que se encuentren dentro del territorio del Estado en cuestión. Véase, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general 21: Trato humano de las personas privadas de libertad* (artículo 10), documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9, 1992. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN21. Acceso: 2 ene. 2021. párr. 6.1.

⁵² En el caso de los pueblos indígenas se plantea la necesidad de conservar su integridad cultural, lo que significa la continuación de una gama de patrones culturales, incluidos los patrones que establecen derechos a la tierra y recursos, y están incorporados en el derecho consuetudinario indígena y las instituciones que regulan las sociedades indígenas (ANAYA, James. *International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state.*

Arizona Journal of International & Comparative Law, v. 21, n. 1, p. 13-61, 2004.). Respecto de los migrantes, los reclamos obedecerán a otras necesidades propias de estos grupos, como facilidades para su reconocimiento como residentes dentro de las sociedades de acogida KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 17, p. 11-50, Oct. 2007; y la obtención de protección específica contra la discriminación y el racismo por emplear su propio lenguaje, ejercitar sus prácticas tradicionales y creencias religiosas. Los migrantes forjan y sostienen relaciones sociales de múltiples cruces con las que ligan sus sociedades de origen y asentamiento” y por ello, en muchos casos su principal interés se centra en mantener tales relaciones con los miembros de sus comunidades de origen, según BASCH, Nina; GLICK SCHILLER, Linda; SZANTON BLANC, Cristina. *Nations Unbound: Transnational Project, Postcolonial Predicaments, and De-territorialized Nation States*. New York: Routledge, 1993. p. 7). En el caso de los migrantes indígenas, sus aspiraciones no se limitan en conservar relaciones sociales sino también prácticas y entendimientos culturales (HERNÁNDEZ, Rosalva; HERRERA, Juan; MACLEOD, Morna; RAMÍREZ, Renya; SIEDER, Rachel; SIERRA, María; SPEED, Shannon. Cruces de fronteras, identidades indígenas, género y justicia en las Américas. *Desacatos*, n. 31, p. 13-34, sep./dic. 2009. p. 29).

⁵³ (i) Las *minorías religiosas* referirán solamente a los derechos especiales relacionados con la profesión y la práctica de su religión; (ii) las *minorías lingüísticas*, se centran en los derechos especiales relacionados con el aprendizaje y el uso de su propio idioma; (iii) las *minorías étnicas* comprenden derechos más amplios relacionados con la preservación y el desarrollo de otros aspectos de su cultura y modo de vida; (iv) La *minoría nacional* son titulares de derechos más amplios, tanto en relación con su cultura, como también relativos a la preservación y desarrollo de su identidad nacional (GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORIAS. *Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2*, 2005. Disponible en: file:///C:/Users/56931/Downloads/E_CN.4_Sub.2_AC.5_2005_2-ES.pdf. Acceso: 11 jul. 2021. párr. 6.)

2.3 Jurisprudencia internacional: Corte

Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el ejercicio del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes

Las fuentes generales reseñadas precedentemente deben ser articuladas con los respectivos instrumentos de los sistemas regionales de derechos humanos, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos CEDH). Aunque en estos tratados no se reconoce textualmente el DIC⁵⁴, su fundamentación sustantiva ha estado relacionada con una interpretación también amplia y compleja del derecho a la igualdad y la no discriminación. Respecto del SIDH, según lo contenido en el artículo 24 de la CADH⁵⁵; en tanto que, en el SEDH⁵⁶ se recurre a la aplicación del artículo 14 del CEDH relativo al derecho a un trato equitativo⁵⁷.

En el SIDH también son relevantes la Carta de la OEA y el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de

San Salvador. Ambos aseguran los derechos económicos sociales y culturales -interconectados- con el DIC⁵⁸, configurándose como fuente de este derecho⁵⁹ bajo un estatus jurídico equivalente a los derechos civiles y políticos de obligatorio aseguramiento⁶⁰. Dentro del marco del SIDH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (DADH) -pese a su naturaleza jurídica no vinculante- también resguarda este derecho en similares términos en su artículo XIII. Naturalmente, aquí se incluye a los migrantes en el reconocimiento del DIC por ser un derecho que forma parte del derecho a participar en la vida cultural⁶¹.

En el ámbito europeo, observamos similares referencias respecto del derecho a participar de la vida cultural. El Convenio Marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad de 2005 (Convenio Faro), en su Preámbulo y sus artículos 1 y 2 contiene elementos que integran la definición inicial que planteamos para el DIC.

En consecuencia, tanto en el SIDH como en el SEDH se ampara el DIC, por una parte, ampliando la comprensión de la titularidad de ciertos grupos (como pueblos indígenas, tribales y minorías), hasta comprenderse como un derecho de carácter general de toda persona. Por otra, desde su contenido, se considera integrante del derecho autónomo a la participación en la vida cultural (DESC); o bien, como un derecho emergente de la interconexión entre los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación. Estas am-

⁵⁴ Como verificaremos más adelante, ha sido la Corte IDH la que ha establecido que la CADH ampara el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, pero también de otros grupos minoritarios tradicionales y sus respectivos integrantes.

⁵⁵ Sobre este asunto también se observa el planteamiento del Juez Abreu, quien ha sostenido que los artículos 24 y 1.1 de la CADH que establecen, respectivamente, la igualdad ante la ley y la obligación de respetar los derechos, “son dos ejes transversales que cruzan” el conjunto de derechos dado que los miembros de estos grupos minoritarios culturales “...son libres e iguales a todas las personas en dignidad y derechos y deberán gozar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos y discriminación de ninguna índole [incluso] en algunos casos, los Estados deberán adoptar medidas positivas para garantizar el pleno ejercicio de todos sus derechos humanos” (CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa V.s. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Voto parcialmente disidente Juez Abreu, párr. 34).

⁵⁶ TEDH. *Case Buckley v. United Kingdom*, N°20348/92, sentencia 29 septiembre de 1996. Voto disidente, Juez Petiti. p. 27.

⁵⁷ De hecho, La Comisión Europea de Derechos Humanos ha observado en relación con este derecho a un trato equitativo que “... la CEDH no garantiza derechos a las minorías. Los derechos y libertades consagrados en la Convención son, según el artículo 1 de la Convención, **garantizados a ‘todos’** dentro de la jurisdicción de una Alta Parte Contratante. El disfrute de los derechos y libertades consagrados en la Convención se garantizará, de conformidad con el artículo 14, sin discriminación en ningún aspecto, como, entre otros, la asociación con una minoría nacional” (la negrita es nuestra). Véase, Comisión EDH, *G. and E. v. Norway (“Hbe Alta Case”)*, N° 9278/81 y 9415/81, admisibilidad, decisión 3 octubre de 1983, p. 35.

⁵⁸ El artículo 14.1. a) del Protocolo de San Salvador en su Preámbulo destaca el deber de los Estados de reconocer el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y artística de la comunidad.

⁵⁹ Asimismo, vincula la obligación del artículo 14 del “Protocolo de San Salvador” con el artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Véase, CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa V.s. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Voto parcialmente disidente juez Alirio Abreu, párrs. 20-23.

⁶⁰ En el mismo sentido se pronuncia el juez Alirio Abreu, expresando que el derecho a la identidad cultural se fundamenta en el artículo 14 del Protocolo de San Salvador y que este obliga a los estados a adoptar medidas efectivas para asegurar su efectividad. Véase, CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa V.s. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Voto parcialmente disidente juez Alirio Abreu, párrs. 20-23.

⁶¹ FAUNDES, Juan Jorge; BUENDÍA, Paloma. Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, 2021.

pliaciones de la titularidad y contenido incluyen a los migrantes⁶².

El DIC también se reconoce en otros instrumentos regionales, pero su aplicación solo se observa respecto de aquellas personas pertenecientes a minorías, bajo parámetros que han de variar dependiendo del sistema de que se trate. En el ámbito interamericano, la Corte IDH reconoce y justifica este derecho en base a la interpretación de la CADH y otros instrumentos de diversa naturaleza⁶³. Al efecto invoca los artículos 1 y 2 de la Convención Americana (obligación general de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno), el artículo 29 (normas de interpretación evolutiva extensiva) y el artículo 63 de la misma convención que establece el marco de las reparaciones que puede disponer la Corte. La Corte IDH ha expandido la titularidad del DIC desde los pueblos indígenas, a los grupos afrodescendientes⁶⁴ y más recientemente a todos los grupos y personas⁶⁵.

En el ámbito europeo, la interpretación jurisprudencial del TEDH el derecho a la identidad cultural es comprendido, indirectamente, a la luz de los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH⁶⁶. Así, el DIC se configura en relación con la protección de la vida privada y familiar; los derechos lingüísticos y educativos; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el derecho a la libertad de reunión y asociación; y la libertad de expresión. De este modo, la prohibición de discriminación y el derecho a la vida familiar amparan la identidad étnica de quienes son

parte de una minoría nacional y “son indisociables”⁶⁷. Esta prohibición de discriminación también se ha asociado con: derechos lingüísticos y educativos⁶⁸, libertad religiosa⁶⁹, libertad de expresión, asociación y de reunión⁷⁰. Paralelamente, diversos casos han considerado la discusión de las garantías judiciales del artículo 6.1 del CEDH, en relación con el derecho a un proceso equitativo, respecto de demandas cuyo contenido de fondo refería a los modos de vida de minorías⁷¹.

Según el TEDH, respecto del origen étnico es necesario introducir diferenciaciones –en muchos casos como medidas positivas– para *corregir desigualdades fácticas*⁷². De este modo se ha reconocido a las minorías, entre otros aspectos, el derecho a: desarrollar libremente las diversas formas de vida tradicional, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado y o con otros, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos; la no discriminación en la en-

⁶² FAUNDES, Juan Jorge; BUENDÍA, Paloma. Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, 2021.

⁶³ CORTE IDH. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 231.

⁶⁴ CORTE IDH. Caso *Aloboetoe* y otros Vs. Surinam, 10 septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas); CORTE IDH Caso de la Comunidad *Moinana* Vs. Suriname, 15 junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas); CORTE IDH. Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam, 28 noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128; CORTE IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, 8 octubre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; CORTE IDH. Caso Comunidad *Garífuna Triunfo de la Cruz* y sus miembros vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 8 de octubre de 2015.

⁶⁵ CORTE IDH. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 231, 236, 240 (pp. 82-87; B1.1.4; B1.2, notas 233, 238).

⁶⁶ COUNCIL OF EUROPE, 2011, pp. 14-22.

⁶⁷ TEDH. *Case Buckley v. United Kingdom*, N°20348/92, sentencia 29 septiembre de 1996. Voto disidente, Juez Petiti. p. 29, 31. Posteriormente, en el 2001 el TEDH operó un modo particular de reconocimiento del DIC, considerando el derecho a mantener la identidad de una minoría, a llevar su vida privada y familiar conforme con su propia tradición, todo, de acuerdo con el artículo 8 del CEDH (ELOSEGUI ITXACO, María. *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2013. p. 22, 230-235).

⁶⁸ TEDH. *Caso D.H. c. República Checa*, [GC], N°57325/00, sentencia 7 de febrero de 2006. párr.176; TEDH. *Caso Sampanis y otros c. Grecia*, N° 32526/05, sentencia 5 de junio de 2008; TEDH. *Caso Oršuš y otros c. Croacia*, N°15766/03, sentencia 16 de marzo de 2010. párr. 143.

⁶⁹ Sobre asuntos relativos al derecho de los padres a la educación religiosas de sus hijos, uso de símbolos religiosos, vestimentas religiosas, véase, TEDH. *Laustsi y otros con Italia*, N°30814/06, 3 de noviembre de 2009; TEDH. *Muñoz Díaz con España*, N°49151/07, sentencia 8 de diciembre 2009; TEDH. *Caso Leyla Sabín con Turquía*, N°44774/1998, sentencia 29 junio 2004; TEDH. *S.A.S. versus Francia*, N°43835/2011, (G.S.) sentencia 1 de julio 2014;

⁷⁰ TEDH. *Caso Sidiropoulos y otros contra Grecia*, N° 26695/95, sentencia 10 de julio 1998; TEDH. *Caso Stankov y la Organización Unida de Macedonia Ilinden c. Bulgaria*, N° 29221/95 y N° 29225/95, sentencia 2 de octubre de 2001.

⁷¹ En el marco europeo, son relevantes para la protección de este derecho las previsiones del FCNM. Asimismo, en los artículos 7, 8 y 9 del FCNM se asegura el derecho de las personas pertenecientes a minorías a la libertad de reunión, de asociación, de expresión y la de pensamiento, conciencia y religión. En sus artículos 10, 11, 13 y 14 el derecho a sus lenguas minoritarias.

⁷² TEDH. *Asunto Sejdic y Finci c. Bosnia-Herzegovina*, N°27996/06 y 34836/06, (GS) sentencia 22 diciembre 2009, párr. 44.

señanza y a que ella se armonice con el uso de la lengua de esas minorías⁷³.

En particular, el TEDH ha referido a la *vulnerabilidad* como un elemento que caracteriza a estos grupos⁷⁴. Ello confirma con nuestra argumentación inicial respecto de la vulnerabilidad de los migrantes y su inclusión dentro de estas categorías, requiriendo de los gobiernos (y del TEDH en su supervisión internacional) una atención especial a las necesidades y al “modo de vida propio”, tanto en la reglamentación general, como en la ponderación de acciones y de decisiones de casos concretos⁷⁵.

Finalmente, tanto la Corte IDH⁷⁶ como el TEDH⁷⁷ han entendido que la diversidad cultural y el pluralismo constituyen valores basales del orden democrático resguardado mediante sus diversos instrumentos internacionales⁷⁸.

3 El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en Chile: su justificación

El Estado chileno ha ratificado una serie de instrumentos internacionales cuya interpretación por parte de los diversos órganos internacionales ha configurado progresivamente un estándar en materia de derechos humanos que se ha entendido vinculante y que otorga un contenido material a principios constitucionales e internacionales respecto de los derechos humanos amparados en instrumentos internacionales, a la luz de la Constitución Política de Chile de 1980 (CPR), al momento de resolver los casos en la jurisdicción nacional. Desde esta perspectiva, el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos emana de un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos que operan en interacción con el derecho interno, como un cuerpo integrado y sistemático de fuentes que busca asegurar la vigencia de estos derechos nacional e internacionalmente⁷⁹.

Así, por ejemplo, respecto del DIC de migrantes indígenas, conforme el artículo 35 del Convenio 169, los artículos 29.b y 63.3 de la CADH y siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH⁸⁰ (que integra hermenéuticamente las fuentes internacionales indicadas y las recomendaciones de los relatores de Naciones Unidas sobre derechos de los indígenas) se puede identificar un estándar internacional de derechos humanos de los migrantes vinculante ante la ratificación de los referidos

⁷³ Véase, FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural. *Brazilian Journal of International Law*, v. 11, n. 3, p. 222-255, 2020.

⁷⁴ TEDH. *Caso Sampanis y otros c. Grecia*, N° 32526/05, sentencia 5 de junio de 2008, párrs. 37, 71. También v.: TEDH. *Caso Orsúš y Otros c. Croacia*, N°15766/03, sentencia 16 de marzo de 2010, párr. 77.

⁷⁵ TEDH. *Caso D.H. c. República Checa, [GC]*, N°57325/00, sentencia 7 de febrero de 2006. párr. 181. Siguiendo el precedente de Chapman contra Reino Unido. v. TEDH. *Caso Chapman c. Reino Unido*, N°27238/95, (GS) 18 de enero de 2001, párr. 96; Connors contra Reino Unido, núm. 66746/01, 27 de mayo de 2004, párr. 84.

⁷⁶ CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Sentencia de 12 junio 2012, párr. 217; CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lbaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 231 (Nota 233); CORTE IDH. *Caso Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie 304, párr. 158; CORTE IDH. *Caso Pueblo Xucuro vs. Brasil* (2018), párr. 125; CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Samboyamaxa vs. Paraguay*, sentencia 29 marzo 2006, párrs. 138, 212; CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 143, 149.

⁷⁷ TEDH. *Asunto Sejdić y Finci c. Bosnia-Herzegovina*, N°27996/06 y 34836/06, (GS) sentencia 22 diciembre 2009, párr. 44; TEDH. *Laustsi y otros con Italia*, N°30814/06, 3 de noviembre de 2009. párr. 56.

⁷⁸ v. FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural. *Brazilian Journal of International Law*, v. 11, n. 3, p. 222-255, 2020.

⁷⁹ Sobre la noción de estándares y su cumplimiento, véase: NASH ROJAS, Claudio. *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica*. Tendencias jurisprudenciales. Tesis de doctorado. Santiago: Universidad de Chile, 2008. p. 73, 245-246; Comisión de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes E/CN.4/1999/80, 1999. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1493723?ln=es#record-files-collapse-header>. Acceso en: 13 oct. 2021. párr. 81; RODRÍGUEZ, Gabriela. Tercer informe de 15 de febrero de 2002, Comisión de Derechos Humanos – Naciones Unidas, documento, E/CN.4/2002/94, 2002. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/462884?ln=es>. Acceso en: 23 dic. 2021. párr. 101; BUSTAMANTE, Jorge. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante A/HRC/7/12, 2008. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/7/12>. Acceso en: 13 dic 2021. párr. 13. También véanse las previsiones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 respecto de la observancia de los tratados en sus artículos 26 y 27.

⁸⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos Fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus Editorial, 2014.

instrumentos. Con ello, los derechos asegurados en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile pasan a integrar el conjunto de derechos fundamentales que asegura la Constitución chilena, conforme el artículo 5 inciso 2° de CPR⁸¹. Bajo este razonamiento, el DIC es exigible ante el Estado, el cual debe protegerlo y velar por su articulación con el ordenamiento jurídico interno.

Con base en los anteriores planteamientos, a continuación, efectuaremos una revisión del ordenamiento jurídico chileno. En esta revisión nos enfocaremos en las previsiones de la CPR y la legislación chilena aplicable al reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes. Para ello, seguiremos la revisión desde un doble enfoque interpretativo: (i) de amplio espectro con base al principio de igualdad y no discriminación; (ii) un enfoque interpretativo estricto con base a la protección de las minorías.

3.1 El derecho a la identidad cultural por parte de los migrantes en Chile: bajo un enfoque interpretativo de amplio espectro con base al principio de igualdad y no discriminación.

En este apartado sostenemos que el DIC constituye un derecho humano que es posible justificar, au-

⁸¹ En este sentido, véase, Corte Suprema, *Contra Poblete Cordova* (1998, rol n° 469-98) considerando 4°; TC, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.* (2008, rol n° 976-2008) considerando 35°. También véase, CS, *Contra Molo* (2006, rol n° 559-04) considerando 22; CA de Rancagua, (2013, Rol n° 103-2011) considerando A 5. No obstante, este tema es objeto de amplia controversia doctrinal. Al respecto, véase, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional: principios, fuerzas y regímenes políticos*. 2. ed. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1997; RÍOS, Lautaro. *Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos*. *Ius et Praxis*, v. 2, n. 2, p. 101-112, 1997; NASH ROJAS, Claudio. *La incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena, ponencia presentada en el curso regional para jueces, fiscales y abogados de Argentina, Chile y Uruguay organizado por UNICEF, en Montevideo, 2003*. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142607/LaIncorporaci%C3%B3n-de-los-Instrumentos-Internacionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso en: 19 dic 2017; TAPIA VALDÉS, Jorge. Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias: alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5° de la CPR de 1980. *Ius et Praxis*, v. 9, n. 1, p. 351-364, 2003; BECA, Juan Pablo. De la discusión sobre jerarquía de los tratados internacionales a la idea de pluralismo constitucional. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 5, n. 3, p. 23-38, 2014.

tónomamente, a partir de la CPR, entendida en sentido material, desde sus valores, principios, a la luz de los derechos fundamentales ya reconocidos por esta norma fundamental, comprensiva de derechos implícitos⁸². Así, conforme el artículo 5 inciso 2° de la CPR, el reconocimiento del DIC supone un razonamiento hermenéutico constitucional, por la vía jurisprudencial, en relación con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico chileno que contemplan los derechos humanos de los migrantes y el DIC en particular.

Ya hemos acotado que los derechos fundamentales asegurados en los tratados internacionales también forman parte de aquellos reconocidos por el Estado chileno con fundamento en la doctrina del Bloque de constitucionalidad⁸³. La CPR no reconoce literalmente el DIC. No obstante, desde la perspectiva constitucional, este derecho se justifica en una visión amplia del principio de igualdad y del respeto de la dignidad humana. Asimismo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que el estatuto constitucional de derechos fundamentales (artículo 19) no es taxativo⁸⁴, sino que todos los

⁸² FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020. p. 81.

⁸³ Véase, BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Ius constitutionale commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014. La noción de *bloque constitucional*—con el objeto de servir como *baremo de constitucionalidad*— se trata de un desarrollo dogmático que también puede ser aplicado al Estado chileno (NASH ROJAS, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos; Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012. p. 44). En Chile, aunque es un tema discutido a nivel doctrinario, es posible afirmar la existencia de un bloque constitucional de derechos humanos (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 301–350, 2015. p. 311), enfocado desde la perspectiva de la dignidad humana. Esta posición tiene una sólida acogida en la sentencia del TC, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos* (2003, rol n° 389-2003) considerando 17°. Ello también se entiende con base al artículo 1 y el inciso 2°, artículo 5° de la CPR, posición que tiene una sólida acogida en la sentencia del TC, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -introducido por la Ley N° 20.015-, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa Rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente, como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud* (2009, rol n° 1218-08) considerando 18°.

⁸⁴ CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. 2. ed. San-

derechos del hombre están cautelados por el referido texto constitucional, sea que figuren o no en él⁸⁵, y tienen fuerza jurídica⁸⁶.

Asimismo, los derechos fundamentales asegurados en los tratados internacionales ratificados por Chile⁸⁷ son parte del conjunto de derechos que asegura la CPR, a *toda persona* con base en su dignidad humana⁸⁸. Esta se entiende como valor fundante de la CPR, desde la cual surgen los derechos inalienables a la persona, que forzosamente se les deben reconocer⁸⁹, como derechos y deberes innatos del hombre y cuyo quebrantamiento implica una lesión de estos derechos en su esencia⁹⁰. En consecuencia, la persona goza de una especial respetabilidad por el hecho de ser tal y por ser el sujeto del

ordenamiento jurídico⁹¹, cuya existencia es superior al poder constituyente y cronológicamente precedente a la sociedad política o Estado⁹². Desde esta perspectiva, la dignidad humana se observa como un valor supremo y como principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional chileno⁹³. En consecuencia, el migrante, como persona, está dotado de esa dignidad y sus alcances normativos⁹⁴. Es precisamente esta dignidad inherente a la persona la que exige el reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes dentro de las sociedades de acogida.

Luego, conforme el artículo 1 inc. 1° de la CPR, en relación con el artículo 19 N° 2 de la misma, la dignidad humana se concatena con el principio constitucional de igualdad y el derecho a la no discriminación que, a su vez se deben entender comprensivos del derecho humano a la identidad cultural (como se afirma jurisprudencialmente según veremos en el apartado III⁹⁵).

La CPR realiza un tratamiento formal de la igualdad, ya que, más que definirla, señala los supuestos bajo los cuales se hace exigible. Luego, debe ser entendida como una obligación con las personas, como finalidad de la actividad administrativa del Estado y, como principio aplicable a procedimientos y actos. Entendemos entonces que la expresión *discriminar* aparece implícita en la CPR como prohibición esencialmente adscrita a la igualdad ante la ley, lo que exige un tratamiento igual ante situaciones similares y contiene la prohibición de establecer diferencias arbitrarias sin que medie racionalidad alguna⁹⁶. Por otra parte, aunque el Derecho Inter-

tiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012. p. 52.

⁸⁵ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015. p. 239.

⁸⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional: principios, fuerzas y regímenes políticos*. 2. ed. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1997. p. 136, 137. Los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en Chile dejaron constancia en la Actas de esta circunstancia al asegurar que “cuando en la Constitución se dice que ‘asegura’ a alguien un derecho, es que le da la seguridad que va a alcanzar ese derecho. La expresión ‘asegura’ lleva implícito, de alguna manera, el que las prestaciones que dependen de la comunidad, no del Estado, para asegurar la vigencia de ciertos derechos, existe en la medida en que sea posible hacerlo”, Para más información, véase sitio web oficial de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 87*. Disponible en: https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980. Acceso en: 22 jun. 2019. p. 6.

⁸⁷ Véase, NACIONES UNIDAS, Teatry Collection, Status of treaties, Chapter IV: Human Rights. Disponible en: <https://treaties.un.org/>. Acceso en: 23 oct. 2021.

⁸⁸ La dignidad establece una premisa *antropológica-cultural* que incorpora como regla jurídica (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 301-350, 2015. p. 304), exigiendo que se respete su legítima esfera de autonomía e independencia y que no se le convierta en un instrumento víctima de objetivos ajenos a la verdadera esencia de su vida (HÜBNER, Jorge. *Panorama de los derechos humanos*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1973. p. 19).

⁸⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. El concepto de dignidad humana ante la jurisprudencia de la Corte suprema. En: FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (ed.). *Principios, valores e instituciones: El Departamento de Derecho Público UC ante el cambio constitucional, reflexiones y propuestas*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016. p. 25-38. p. 30.

⁹⁰ CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. 2. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012. p. 42; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 67.

⁹¹ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015. p. 239.

⁹² CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. 2. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012. p. 60.

⁹³ Así lo ha afirmado también el TC, *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A.* (2008, rol n° 976-2008) considerando 23°.

⁹⁴ AZÓCAR, Rodrigo. Desafíos y propuestas para contribuir al ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en Chile. *Temas de la Agenda Pública*, n. 90, p. 1-15, 2016. p. 9.

⁹⁵ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.

⁹⁶ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015. p. 306, 309. La Corte de Apelaciones de Valparaíso (Chile) ha señalado que una discriminación arbitraria supone que “carezca de justificación razonable”, esto es, que la misma no contenga un fundamen-

nacional y los ordenamientos nacionales han levantado progresivamente obstáculos a la posibilidad de establecer discriminaciones injustificadas, la discriminación por nacionalidad es todavía lícita en todos los sistemas jurídicos⁹⁷. Por ello, resulta relevante observar que en el texto constitucional chileno no se ha establecido diferencia alguna en la titularidad o el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de los migrantes, sino que su legítimo ejercicio se encuentra garantizado de igual manera que respecto de los nacionales⁹⁸, prohibiendo indirectamente la discriminación contra estos.

De esta forma, el principio de igualdad, en relación con el DIC, debiera entenderse en un sentido amplio, evolutivo, como el derecho humano radicado en la dignidad fundamental de toda persona a desenvolverse y desarrollar su vida conforme todos los aspectos de su identidad personal, lo que, por cierto, comprende su identidad y marco cultural, incluso en un sentido colectivo, como miembro de un grupo específico, que comparte valores culturales, espirituales, religiosos y normas sociales, entre otros. La aplicación de estos principios se traduce en el reconocimiento de otros preceptos constitucionales vinculados con la identidad cultural, tales como el artículo 19 N°3, 4 y 6 de la CPR⁹⁹ (relativos a la igual protección de la ley para asegurar el debido proceso; el respeto y protección a la vida privada, a la honra de la persona, de su familia y su identidad; y, la libertad de conciencia y religión).

En síntesis, la CPR reconoce a los migrantes, no solo los derechos taxativamente en ella incorporados, sino también aquellos que se desprenden de los diversos tratados internacionales suscritos por Chile. Las previsiones de estos últimos forman parte del bloque constitucional de derechos y configuran un estándar in-

ternacional cuya aplicación es vinculante en el ámbito nacional. Dentro de este catálogo de derechos se incluye el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los migrantes. A la justificación internacional indicada, se suma el principio de igualdad y no discriminación constitucional, del que son titulares los migrantes como sujetos de los derechos y garantías constitucionales porque el texto constitucional no ha establecido diferencia alguna en la titularidad o el ejercicio de los derechos fundamentales respecto de los migrantes, sino que su legítimo ejercicio se encuentra garantizado de igual manera que respecto de los nacionales.

Si bien es cierto que en la CPR no se contempla literalmente el DIC, su reconocimiento se justifica en una visión amplia del principio de igualdad, no discriminación y del respeto de la dignidad humana, de los que emanan los derechos inalienables que forzosamente se les deben reconocer a los migrantes —incluyendo el DIC— dentro de las sociedades de acogida.

3.2 El derecho a la identidad cultural por parte de los migrantes en Chile: bajo un enfoque interpretativo estricto con base a la protección de las minorías

El asentamiento de diversos grupos de migrantes en Chile, provenientes de diferentes regiones y países, ha permitido la formación de minorías lingüísticas, religiosas y étnicas que se suman a la diversidad de grupos migratorios que a lo largo de la historia se han incorporado a la sociedad chilena. Considerando las características étnicas de quienes conforman los nuevos flujos migratorios, entre otras, se visualizan las identidades indígenas que coexisten con las identidades nacionales y desafían sus propios estereotipos. Estos sesgos, muchas veces, están enraizados en visiones eurocéntricas¹⁰⁰ que ilustraron la conformación de los Estados nación latinoamericanos y las mismas concepciones locales, como la “chilena” sobre su “identidad cultural nacional” que, a su vez, performa su cultura jurídica¹⁰¹.

to, explicación o antecedente en que se exprese la causa o el motivo de algo que se está resolviendo y que la misma sea incomprensible para su receptor”. Véase, CA de Valparaíso (2014, rol N° 2476-2014) considerando 2°.

⁹⁷ ARLETAZZ, Fernando. La exclusión del extranjero. Consideraciones de Filosofía Jurídica. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n. 12, p. 7-26, 2014. p. 10.

⁹⁸ BASSA MERCADO, Jaime. Reserva legal y protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, n. 1, p. 17-41, 2007. p. 23; ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La titularidad de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, v. 1, n. 1, p. 187-201, 2003. p. 189.

⁹⁹ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Inus et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.

¹⁰⁰ CORREA, Juan José. Identidades, arraigos y soberanías. Migración peruana en Santiago de Chile. *Polis Revista Latinoamericana*, v. 14, n. 42, p. 167-189, 2015. p. 171.

¹⁰¹ FAUNDES, Juan; LE BONIEC, Fabien. Cultura jurídica chilena, derecho a la identidad cultural y jurisprudencia, un acercamiento metodológico interdisciplinario. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 11, n. 1, p. 137-193, 2020.

La Ley N° 21.325 de 2021 (“Ley de migración”) regula el fenómeno migratorio en Chile¹⁰² y debe considerar los referidos caracteres étnico-culturales de los flujos migratorios de que Chile es receptor. Se trata de una legislación reciente, promulgada con el propósito de actualizar el Decreto Ley 1.094 de 1975 (DL 1.094). Este decreto fue objeto de numerosas críticas enmarcadas en su distanciamiento respecto de las dinámicas modernas de flujos migratorios y por no ajustarse a los estándares internacionales en materia de derechos humanos¹⁰³. Entre otros aspectos, no contenía alusión alguna al resguardo de la identidad cultural de los migrantes, por tratarse de una ley de extranjería que solo se limita a regular las condiciones para la entrada, permanencia y expulsión de los migrantes en el territorio de este país. Mientras, la nueva Ley de Migración eleva los estándares en relación el DL 1.094. En varias secciones alude al reconocimiento de los derechos amparados por la CPR y por los tratados internacionales vinculantes para Chile en el ámbito de los derechos humanos. En particular, busca la integración e inclusión de los migrantes, res-

petando sus expresiones culturales, al establecer que el Estado deberá propender al reconocimiento y respeto de las distintas culturas, idiomas, tradiciones, creencias y religiones de los migrantes, mediante la implementación de una política nacional migratoria.

En consecuencia, conforme con este nuevo marco normativo (internacional, constitucional y legal), interpretando las disposiciones domésticas bajo el principio *pro homine*, el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos¹⁰⁴ y la prohibición de la discriminación, se configura el deber del Estado de Chile de promover, respetar y garantizar los derechos que le asisten a los extranjeros en su territorio, en especial, su derecho humano a la identidad cultural.

Más allá de sus avances, se critican algunos aspectos de la nueva normativa porque ella misma limitaría el ejercicio a los derechos de los migrantes y con ello la posibilidad de una integración efectiva¹⁰⁵. Críticamente, se señala que el gobierno chileno emplea *un lenguaje incluyente que oculta políticas excluyentes*¹⁰⁶. Con todo, la plena vigencia de la norma requiere la promulgación de un reglamento que la implemente y solo después de ello podrán confirmarse o no las referidas reservas. Mientras tanto, sigue vigente el DL 1094 con todas las falencias antes observadas. Ello genera un estado de indefensión por parte de los migrantes, al no poseer un cuerpo legal que refiera a sus derechos como grupo social vulnerable específico¹⁰⁷, ni referencias respecto del resguardo de su identidad cultural.

En el intertanto de la promulgación del reglamento de la nueva Ley de Migración, los migrantes, en lo relativo a trámites de extranjería y procedimientos de entrada o salida de Chile, siguen regulados por el referido DL 1.094. Y, para el resguardo de sus derechos fundamentales, el principio de igualdad y no discriminación, incluyendo el DIC, deben invocar jurisdiccionalmente

¹⁰² Otros cuerpos legales que amparan minorías y grupos vulnerables, considerando su DIC, son: la Ley 21303, que *Modifica la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, para promover el uso de la lengua de señas reconoce la identidad cultural sorda y la Comunidad Sorda*, que reconoce y obliga al Estado a c promover, respetar y a hacer respetar, “los derechos culturales y lingüísticos de las personas sordas” (el destacado es nuestro); la Ley 19.253 que *Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas...* de 1993 que reconoce la existencia de etnias (pueblos) indígenas y reconoce el carácter pluriétnico de Chile y el pluralismo cultural, promoviendo el desarrollo indígena con identidad, promueve la protección de las culturas e idiomas indígenas, entre otros aspectos.

¹⁰³ TORREALBA, Nicolás. Mínimos regulatorios para una nueva y mejorada ley de extranjería. En: Centro Democracia y Comunidad (coord.). *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*. Santiago de Chile: Konrad Adenauer Stiftung, 2013. p. 9–16; LARA, Carlos; PINCHEIRA, Carlos; VERA, Francisco. La privacidad en el sistema legal chileno. *Policy Papers*, n. 8, 94 p, 2014; BASSA, Jaime; TORRES, Fernanda. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 103–124, 2015. p. 120; DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las naciones unidas. *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos*, v. 3, n. 1, p. 42–62, 2015. Se ha sostenido que el desarrollo histórico legislativo del referido decreto estuvo vinculado a su contexto político y social, enmarcado dentro de un paradigma centrado en la seguridad nacional que percibía a los migrantes como posibles enemigos, dificultando su inclusión. MÁRMORA, Lelio. *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós, 2002; DOÑA-REVECO, Cristian; Levinson, Amanda. Chile: *A Growing Destination Country in Search of a Coherent Approach to Migration*, 2012. Disponible en: <https://www.migration-policy.org/article/chile-growing-destination-country-search-coherent-approach-migration>. Acceso en: 12 jun 2020.

¹⁰⁴ Por ejemplo, véase: artículos 3 (inciso 5), 1 (numero 7), 11 al 13, 21, 22.2 de la Ley antidiscriminación.

¹⁰⁵ Se acusan algunas incompatibilidades. Véase, (DOÑA-REVECO, Cristian. La reforma de la ley migratoria de Chile ofrece más restricciones, menos bienvenida, 2021. Disponible en: <https://www.migrationportal.org/es/insight/reforma-ley-migratoria-chile-ofrece-mas-restricciones-menos-bienvenida/>. Acceso en: 20 may. 2021).

¹⁰⁶ FINN, Victoria; UMPIERREZ DE REGUERO, Sebastian. Inclusive language for exclusive policies: Restrictive migration governance in Chile, 2018. *Latin American Policy*, v. 11, n. 1, p. 42–61, 2020.

¹⁰⁷ DIAZ, Regina Ingrid. Una nueva institucionalidad para la protección de los derechos de las personas migrantes en Chile. *Revista Justicia y Derecho*, v. 3, año 1, p. 20, 2020.

una interpretación hermenéutica, *pro persona*, de la CPR y los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para Chile.

4 Jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de Chile en relación con el ejercicio del derecho humano a la identidad cultural de los migrantes

En este capítulo revisaremos los criterios jurisprudenciales más relevantes que dan cuenta del reconocimiento del DIC en favor de los inmigrantes en Chile.

La jurisdicción chilena, en su base normativa argumental incorpora el DIC por medio de la de las doctrinas del Bloque de Constitucionalidad¹⁰⁸ y del Control de Convencionalidad de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos¹⁰⁹. Luego, de igual forma que en las secciones previas, pueden revisarse los criterios jurisprudenciales siguiendo: (i) un enfoque interpretativo de amplio espectro con base al principio de igualdad y no discriminación: (ii) un enfoque estricto con base a la protección de las minorías.

Así, bajo la primera perspectiva hermenéutica, amplia, del principio de igualdad y no discriminación, las máximas Cortes chilenas han reconocido que la globalización no solo es económica sino también cultural¹¹⁰, en clara referencia al fenómeno migratorio y al intercambio cultural asociado a este, producto del bagaje cultural que traen consigo los migrantes cuando se desplazan entre

fronteras e ingresan al territorio chileno (idioma, costumbres, creencias) y que integran su identidad cultural. Se trata, pues, de un reconocimiento jurisprudencial de la diversidad, es decir, de esas diferencias culturales que caracterizan a los migrantes y que debiera conducir a la promoción de la inclusión de los migrantes dentro de la sociedad chilena, mediante el reconocimiento los derechos que les asisten.

En el contexto descrito las máximas cortes chilenas han reconocido a los migrantes ciertos derechos fundamentales que constituyen el fundamento para el ejercicio del DIC. En particular, el artículo 19, números 3, 4 y 6, de la CPR relativos a la igual protección de la ley para asegurar el debido proceso; el respeto y protección a la vida privada, a la honra de la persona, de su familia y su identidad en materia migratoria¹¹¹.

El TC también ha interpretado la aplicación del artículo 1 de la CPR respecto de los migrantes, afirmando que “*toda persona* goza en Chile del respeto a su dignidad expresado constitucionalmente, y de los derechos fundamentales que la Carta Fundamental le garantiza, independientemente *de su nacionalidad*” (la cursiva es nuestra)¹¹². La CPR no distingue en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales, lo que impide discriminar contra los extranjeros. Según lo han entendido tribunales superiores de justicia chilenos, el principio de igualdad no autoriza una titularidad diferenciadora de derechos para un extranjero, salvo expresa habilitación constitucional¹¹³. Ello permite argumentar el ejercicio del DIC en favor de los migrantes, ya que —como hemos sostenido en secciones anteriores— las bases para reconocimiento de este derecho a favor de estos grupos están asentadas bajo la aplicación del principio de igualdad y no discriminación.

Asimismo, el TC ha sostenido que todos los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 19 de la CPR también son reconocidos a los migrantes, ya que,

¹⁰⁸ NOGUEIRA, Humberto. “Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina”. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay*, n. 5, p. 79-142, 2010. p. 93-94. Véase: CA de Rancagua, Rol N.º 103-2011, de 14 de enero de 2013, en cumplimiento sentencia Corte IDH. CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 septiembre 2006, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

¹⁰⁹ Sobre control de convencionalidad, entre otros, véase: HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio. “Control de convencionalidad en Chile”. En: HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017. p. 375-402. p. 378-380. CONTRERAS, Pablo; GARCÍA, Gonzalo. *Estudios sobre control de convencionalidad*. Santiago: DER Ediciones, 2020. VARELLA, Marcelo; MONEBHUUURUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Río de Janeiro: Editora Processo, 2019. p. 47-209.

¹¹⁰ TC (2013, rol 2273-12), considerando 9º.

¹¹¹ Por citar solo algunos casos, véanse respecto del derecho a la protección del núcleo familiar: CS (2010, rol N.º 3867-2010); CS (2013, rol N.º 2174-13); CS (2016, rol N.º 6414-2016); CS (2017, rol N.º 9317-2017); CS (2016, rol N.º 1727-2016); CS (2015, rol N.º 12356-2015); CS (2011, rol N.º 981-2011); CS (2012, rol N.º 7018-2012); CS (2013, rol N.º 66-2013); y, respecto del debido proceso: CS (2013, rol N.º 5112-2013); CS (2011, rol N.º 866-2011); CS (2012, rol N.º 4000-2012); CA de Santiago, (2011, rol N.º 131-2011).

¹¹² TC (2020, rol n.º 9930-20) considerando 6º.

¹¹³ TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, parr. VI; TC (2013, rol 2273-12), considerandos 29º y 30º.

cuando la referida disposición emplea la palabra *personas*, “no realiza distinciones entre chilenos y extranjeros, asegurándoles a ambos el catálogo de derechos, existiendo, por ende, una titularidad genérica, en contraste con otros sistemas constitucionales en que hacen una diferenciación”¹¹⁴. Este tribunal ha reiterado que la CPR no solo *no discrimina* contra los extranjeros, sino que *les reconoce tal título de derechos plenamente*¹¹⁵. En interpretación de la disposición contenida en el artículo 19.2 de la CPR, el TC ha sostenido que la prohibición de discriminación arbitraria es aquella que carece de razonabilidad en términos de introducir una diferencia de trato entre quienes se encuentren en la misma situación, sin que ello obedezca a parámetros objetivos y ajustados a la razón. Esa razonabilidad es el “cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o desigualdad”¹¹⁶. En consecuencia, al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar estos derechos humanos, garantizando su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa¹¹⁷.

Adicionalmente, el TC ha interpretado las disposiciones de la ley 20.609 (Ley Antidiscriminación) concatenadas con las normas constitucionales, asegurando que el legislador ha contemplado expresamente como categoría sospechosa el hecho de realizar distinciones basadas en raza y nacionalidad. Según lo entiende este tribunal, la ley califica de discriminación arbitraria las distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable. Dice el TC que son “distinciones odiosas o sospechosas de ser vulneradoras de derechos fundamentales” aquellas justificaciones que se fundan en tres categorías que usualmente se presentan en la persona del extranjero: “raza, nacionalidad e idioma”¹¹⁸. Este tribunal también ha seguido los criterios jurisprudenciales aplicados por la Corte IDH, relativos al *test* de igualdad en materia migratoria. La ha entendido como una metodología idónea para determinar la objetividad y razonabilidad de una distinción, cuya aplicación implica que esta se deba a una finalidad legítima y que exista una razonable relación de proporcionalidad entre la me-

da diferenciadora y el fin perseguido¹¹⁹. Este reconocimiento pleno de derechos nos permite inferir la aplicación vinculante del bloque constitucional de derechos, incluyendo el DIC respecto de los migrantes.

El fundamento del principio de no discriminación —según sostiene el TC— descansa en el reconocimiento de la dignidad inherente que asiste a los migrantes como seres humanos. Según estos planteamientos, “el principio de solidaridad da fundamento a la dignidad en derechos que asiste a los migrantes y permite exigir a los Estados el establecimiento de políticas solidarias que versen sobre la igualdad, la tolerancia y el respeto que fundamentan el derecho a la solidaridad”¹²⁰. La implementación de estas políticas solidarias —junto a los anteriores planteamientos jurisprudenciales— configura un marco de protección positivo respecto de los derechos que asisten a los migrantes, incluyendo el DIC.

Bajo el segundo enfoque hermenéutico, estricto, de protección de las minorías, en el ámbito doméstico chileno, ha sido la jurisprudencia de sus tribunales la que —invocando el Convenio 169— ha expresado en diversas sentencias consideraciones que refieren al derecho a la identidad cultural o, más bien, a “derechos culturales” o al “derecho a la cultura” de los pueblos indígenas. Solo a modo ejemplar, ha dicho la Corte Suprema que:

[...] en el sector materia de autos, existen comunidades indígenas y lugares de significación cultural, susceptibles de ser afectados [y] en dicho entendido, y considerando que la servidumbre solicitada es susceptible de afectar pueblos y personas indígenas... debió tramitarse... la consulta indígena previa [...]¹²¹.

La Corte de Apelaciones de Temuco (fallo confirmado por la Corte Suprema) señaló que:

[...] especial atención deben tener los Estados en la protección y preservación de las tierras y culturas indígenas en todas sus manifestaciones... se agravia en su naturaleza humana y la calidad de vida y en la protección de sus sistemas de salud, puesto que el Menoko [manantial] es un lugar, espacio cultural, que no debe ser molestado, sino que siempre protegido¹²².

Asimismo, un reconocimiento indirecto del DIC a favor de migrantes pertenecientes a minorías étnicas, lo

¹¹⁴ TC (2020, rol n° 9930-20) considerando 10°.

¹¹⁵ TC (2013, rol 2273-12), considerando 29°.

¹¹⁶ TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S.

¹¹⁷ TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, parr. V. 6

¹¹⁸ TC (2013, rol 2273-12), considerando 33°.

¹¹⁹ TC (2020, rol n° 6307-19), voto disidente de Ministros señores I.A.M., J.J.R.G. y J.I.V.M. considerando 23°.

¹²⁰ TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, parr. V. 2.

¹²¹ CS (2016, rol 6.628-2015), considerando 6°.

¹²² CA de Temuco (2009, rol n°1773-2008), considerando 14°.

encontramos en la sentencia de la CA de Punta arenas, en la que sostuvo que los tribunales deben tomar en cuenta las previsiones contenidas en el Convenio 169 de la OIT, a fin de verificar que las actividades desplegadas por estos migrantes se encuentren enmarcadas dentro de un proceso formativo propio de su cultura¹²³.

Con todo, respecto de estos criterios jurisprudenciales aún se denota ausencia de un estándar sistemático y cierto grado de indeterminación del contenido de este derecho¹²⁴.

En otro fallo, el TC también se ha referido a la vulnerabilidad observable en los migrantes, debido a múltiples razones:

El extranjero puede ser discriminado por su condición de tal... puede ser discriminado por su idioma, su sexo o raza. Pero, adicionalmente, la sociedad puede discriminarlo completamente por todas las categorías enunciadas, ya que su situación jurídica es vulnerable¹²⁵.

Este tribunal entiende que la vulnerabilidad que caracteriza a los migrantes viene dada por las difíciles circunstancias que enfrenan al momento de emigrar y durante el proceso migratorio, más allá de las posiciones de desventaja en la que estos se encuentran dentro de las sociedades de acogida. Según su criterio, la vulnerabilidad es común a todo migrante, incluso peor en quienes poseen alguna otra situación vulnerable en particular, por ejemplo: “sortear una frontera, enfrentar a una policía en otro idioma, solicitar apoyo en redes que se estiman confiables y pueden ser delictivas, certificar las ofertas laborales, los estudios y determinar el momento en que la familia lo acompañe”¹²⁶. Este criterio suma a situación de vulnerabilidad que enfrentan los migrantes por participar de formas de vida usualmente diversas al patrón social y/o cultural dominante, que los estigmatiza socialmente. Todo lo cual, e traduce en un *status* en desventaja para el ejercicio de sus derechos. En este sentido, para el TC, la vulnerabilidad se observa como

un elemento que les caracteriza y expone a discriminación, lo que justifica una mayor protección¹²⁷. Luego, por ejemplo, en relación con las minorías haitianas presentes en territorio chileno, el TC ha señalado que esta condición viene dada por un conjunto amplio de razones copulativas:

[...] provienen del país más pobre de América, son mayoritariamente afrodescendientes y por regla general no hablan ni entienden español. Por el factor de la pobreza. Por razones de lengua, se trata de una población cuyo idioma original es una variante étnica del francés: el *creolé* que solo ellos hablan. Por raza. Es una comunidad afroamericana de origen esclavista y con un predominio abrumador de negros y mulatos en la configuración étnica de su población, alcanzando el 95%.²³ Por condiciones de habitabilidad. Después del terremoto del año 2010 P.P. y otros poblados haitianos fueron arrasados quedando un volumen indeterminado de viviendas en el suelo. Por su aislamiento. Es parte de la histórica isla de La Española que comparte con República Dominicana, lo que reduce el volumen de intercambios y migración a una dependencia aérea y naviera que les incrementa su sujeción con quienes pueden movilizar dichos medios de transporte... Durante buena parte del siglo XX y el actual han acentuado su ingobernabilidad y no han logrado consolidar un desarrollo democrático aún incipiente siendo considerado con impropiedad un “Estado fallido”¹²⁸.

Este tribunal acusa la pobreza, idioma, raza, aislamiento y gobernabilidad como factores que inciden en la vulnerabilidad de estas *minorías* haitianas. Y, no obstante, ha sostenido que las diferencias culturales de estas minorías no constituyen elementos que permitan ubicarles en un puesto de inferioridad respecto del *test* de igualdad. Para explicar ello, ha esgrimido ciertas aclaratorias semánticas:

Si la cuestión puesta en juego es el tratamiento discriminatorio de una minoría haitiana, parece evidente que hay que hacerse cargo de algunas cuestiones semánticas desde el inicio. Esta minoría se vincula a un estándar exigente de trato digno que merecen las personas y que no toma las diferencias culturales de las mismas para situarlas en un punto de partida inferior en el test de igualdad. Por lo mismo, hay que recordar que la Constitución no utiliza jamás la categoría de ‘migrante’. la categoría cultural de ‘migrante’ es una especificación no jurídica de la categoría de extranjero o no nacional. Con ello, se apela a una dimensión cultural del concepto que hace distinciones no normativas entre extranjeros. No hablamos de migrantes para identificar a un

¹²³ CA de Punta Arenas (2016, rol n° 69-2016), considerando 9°. Este criterio fue empleado para dejar sin efecto la sentencia emitida por el Tribunal Oral den lo penal de Punta Arenas bajo el rol n° 113-2015 -entre otros aspectos- por no cumplir con tales parámetros, acordando la realización de un nuevo juicio.

¹²⁴ CARMONA CALDERA, Cristóbal. Hacia una comprensión ‘trágica’ de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, VIF y derecho propio indígena. *Revista Chilena de Derecho*, v. 42, n. 3, p. 975-1001, 2015. p. 984.

¹²⁵ TC (2013, rol n° 2257-2013), consideraciones de los Ministros señores H.V.S., F.F.F., C.C.S. y G.G.P. considerando 40°.

¹²⁶ TC (2013, rol 2273-12), considerando 9°.

¹²⁷ TC (2018, rol 4757-18), considerando decimonoveno.

¹²⁸ TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, IX, parrr. 1.3.

conjunto de profesionales europeos ni estadounidenses. Ellos no migran. Ellos son extranjeros no importando el estatus jurídico de su presencia en Chile. Por el contrario, en el habla común, la expresión migrante denomina a aquellos que ‘huyen de condiciones de vida denigrantes [...] Son los no cualificados. [...] Los desplazados por conflictos o disturbios graves de carácter político o religioso [...] aquellos que consideramos se encuentran en una situación irregular’. A veces, se adjetiva la condición de migrante con la expresión ‘ilegales’ o ‘irregulares’. Al punto que el adjetivo totaliza toda la categoría para resumir en la expresión ‘ilegales’ o ‘irregulares’¹²⁹.

Por otra parte, en base a la vulnerabilidad y no la cuantía demográfica, sostiene el TC que la noción de minoría no se ve afectada por el incremento numérico de sus miembros o la cuantía de estos grupos dentro del territorio chileno. De hecho, este tribunal se ha referido a los grupos haitianos como *minorías crecientes* dentro del territorio chileno¹³⁰.

En particular, el TC se ha pronunciado respecto de los derechos que asisten a los migrantes en Chile citando textualmente la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos, afirmando el derecho que tienen los migrantes que constituyan minorías de disfrutar de su propia cultura, practicar y profesar su propia religión y su propio idioma¹³¹. A todas luces, ello constituye un reconocimiento del DIC de los migrantes en el ámbito doméstico chileno, bajo los parámetros contenidos en el artículo 27 del PIDCP y las demás normas internacionales que le regulan, cuyo contenido fue revisado en la primera sección de este artículo.

Por su parte, la Corte de Apelaciones (CA) de Punta Arenas ha recurrido a la aplicación de parámetros internacionales en relación con la evaluación de las actividades desempeñadas por migrantes étnicos y su catalogación como prácticas culturales. En relación con integrantes del Pueblo Indígena de *Otavallo* (originario de Ecuador, residentes en Punta Arenas, zona austral de Chile), la CA de Punta Arenas ha sostenido que los tribunales deben tomar en cuenta las previsiones contenidas en los artículos 2 letra b), 3 N° 1, 8 N° 1 y 9 N° 2 del Convenio 169 de la OIT, a fin de verificar que estas actividades se encuentren enmarcadas dentro de un proceso formativo propio de la cultura y por tanto

socialmente adecuada a esta¹³². En este caso, el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas previamente había determinado que:

[...] la situación de las menores J.N.A.M y N.M.A.M., las que pertenecen a una familia de escasos recursos, se enmarca dentro de la actividad formativa tendiente a alcanzar el ideal “Mindalae”, a través del único medio de que disponen las jóvenes para lograr su formación como comerciante...¹³³.

En sus argumentos, esta Corte reconoce las prácticas culturales que son propias de estos migrantes ecuatorianos de la ciudad de Otavallo, sosteniendo que:

Bajo tal realidad se instala en la cultura quichua otavaleña un ideal compartido por todas las clases sociales denominado ‘mindalae’, que no es otra cosa que el convertirse en comerciante a fin de participar en el comercio que sustenta la elite¹³⁴.

Así, el referido tribunal concluyó que ciertas actividades aparentemente comerciales pueden ser enmarcadas dentro de los procesos formativos que integran la identidad cultural de estos migrantes étnicos *otavaleños*, para lo cual sostuvo que —en el caso planteado— no se configuraba el delito incoado, sino que simplemente eran “actividades enmarcadas dentro de un proceso formativo propio de la cultura quichua otavaleña, por tanto, socialmente adecuada para la referida cultura...”¹³⁵. De estos pronunciamientos se infiere el reconocimiento jurisprudencial de estas prácticas culturales, lo que implica el reconocimiento respecto de la identidad cultural de estos migrantes étnicos.

Las máximas cortes chilenas también se han pronunciado respecto del empleo de la propia lengua por parte de los migrantes en los procesos judiciales en los que estos últimos han estado involucrados. El empleo del idioma propio —visto como un elemento integrante del derecho a la identidad cultural del inmigrante— ha sido observado como una garantía del debido proceso. En este contexto, la CS ha sostenido que la dificultad del inmigrante para expresarse en lengua castellana (el caso en cuestión hace referencia a una migrante de origen o ascendencia *quechua*), así como la ausencia de un intérprete ni abogado, le restan transparencia al proceso

¹²⁹ TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, parr. IX, parr. 1.1.

¹³⁰ TC (2018, rol 4757-18), voto disidente de Ministros señores G.G.P. y N.P.S, IX, parr. 1.1.

¹³¹ TC (2020, rol n° 9930-20) considerando 9°.

¹³² Ello se desprende por argumento en contrario, según lo señalado por la CA de Punta Arenas (2016, rol n° 69-2016), considerando 9°.

¹³³ Tribunal oral en lo Penal de Punta arenas (2015, rol n° 113-2015), considerando 15°.

¹³⁴ Tribunal oral en lo Penal de Punta arenas (2015, rol n° 113-2015), considerando 16°.

¹³⁵ Tribunal oral en lo Penal de Punta arenas (2015, rol n° 113-2015), considerando 20°.

lo que hace necesario asegurarle la asistencia de un intérprete¹³⁶.

Entonces, sintetizando esta tercera parte, es posible afirmar que la jurisprudencia de los tribunales superiores de Chile incorpora en sus fundamentaciones normativas el Derecho Internacional de los derechos humanos que asegura el DIC. Estas máximas Cortes han entendido que la CPR no distingue en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales, por lo que los migrantes son titulares del DIC. En particular, la jurisprudencia chilena reconoce los derechos de los migrantes pertenecientes a minorías étnicas y o pueblos indígenas de conformidad al Convenio 169 de la OIT, valorando sus culturas y formas de vida. En este sentido, las sentencias revisadas reconocen el listado de derechos que asisten a los migrantes según las observaciones pronunciadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, reiterando el derecho de estos a disfrutar de su propia cultura, practicar y profesar su propia religión y su propio idioma.

5 Conclusiones

El derecho humano a la identidad cultural está imbricado en las libertades inherentes a la dignidad de la persona. Se caracteriza por una reinterpretación constante y se despliega dependiendo de las necesidades particulares de cada grupo. En el caso de los migrantes, el ejercicio de este derecho estará vinculado a sus sistemas de valores, sus creencias, tradiciones y empleo de su idioma.

En primer lugar, la protección internacional del DIC se configura, por una parte, a partir del desarrollo progresivo e interpretación de distintos tratados, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter universal y regional. En el ámbito universal observamos la reiterada presencia de prohibiciones de discriminación aplicables al trato que se brinda a los migrantes en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales. Ello se traduce en el deber general de reconocimiento por parte de los Estados de las diferencias y particularidades de los migrantes como un elemento de su dignidad personal y de asegurar el ejercicio del DIC a los migrantes. Por otra parte, el reco-

nocimiento del DIC en favor de los migrantes subyace en la base de los derechos de los integrantes a las minorías, asegurados en los instrumentos internacionales propios del sistema universal.

En el nivel de los sistemas regionales de derechos humanos, se reconoce a todas las personas el derecho a participar de la vida cultural que incluye el ejercicio del DIC, bajo parámetros que han de variar dependiendo del sistema regional de derechos humanos de que se trate. En el caso del SIDH, mediante un procedimiento de hermenéutica que ha vinculado las disposiciones de la CADH con un conjunto de otros instrumentos de diversa naturaleza, se ha ampliado la comprensión de la titularidad del DIC desde los pueblos indígenas y tribales, a otros grupos, hasta entenderse como un derecho humano de carácter general de *toda persona*, inclusivo de los migrantes, entendiendo a estos como grupos minoritarios culturales.

Mientras, en el SEDH, el DIC se observa centrado en las personas pertenecientes a minorías. En particular, para el TEDH, el origen étnico no puede ser causa de discriminación, por lo que muchas veces se deben introducir diferenciaciones, como medidas positivas, para corregir desigualdades fácticas. Así, tras asociar el derecho a la no discriminación con otros derechos, el TEDH ha reconocido a las minorías, entre otros aspectos, el derecho a: desarrollar libremente las diversas formas de vida tradicional, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado y o con otros, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos; la no discriminación en la enseñanza y a que ella se armonice con el uso de la lengua de esas minorías. Ello debiese hacerse extensible a los migrantes por su catalogación como minorías.

Tanto el TEDH, como la Corte IDH, han sostenido que el respeto de los derechos culturales constituye un valor relevante en un sistema democrático, reconociendo la importancia de la diversidad cultural y el respeto de las culturas de los diferentes grupos minoritarios vulnerables.

En segundo término, en el nivel doméstico chileno, por una parte, de conformidad al artículo 5 inciso 2° de la CPR, el reconocimiento del DIC supone un razonamiento hermenéutico constitucional que incorpora el contenido de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que contemplan los derechos

¹³⁶ CS, (2013, rol n° 3563-2013), considerando 4°.

aplicables a los migrantes y, por esa vía, se recepciona jurisprudencialmente el derecho humano a la identidad cultural de los migrantes.

Por otra parte, aunque la CPR no contempla literalmente el DIC, su reconocimiento se justifica en una visión amplia del principio constitucional de igualdad y del respeto de la dignidad humana, en relación con los derechos fundamentales asegurados en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Dado que todos los derechos de la persona están cautelados por el texto de la CPR, de su texto surgen derechos inalienables que forzosamente se les deben reconocer a los migrantes, como el DIC dentro de las sociedades de acogida.

La legislación migratoria en Chile es de data reciente (2021) y su vigencia está sujeta a un proceso de implementación reglamentaria aún pendiente. En varias de sus disposiciones se alude al reconocimiento de los derechos amparados por la CPR y por los tratados internacionales debidamente suscritos por el estado chileno en el ámbito de los derechos humanos. Asimismo, contiene referencias indirectas respecto de la identidad cultural de los migrantes. En especial, dispone que el Estado deberá propender al reconocimiento y respeto de las distintas culturas, idiomas, tradiciones, creencias y religiones de los migrantes, mediante la implementación de su política nacional migratoria. Con todo, el resguardo efectivo de los derechos fundamentales de los migrantes, incluyendo el DIC, por ahora, solo puede exigirse mediante la interpretación hermenéutica de las previsiones contenidas en la CPR en relación con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En tercer lugar, las Cortes chilenas han entendido que la CPR no distingue en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales, lo que permite fundamentar el ejercicio del DIC en favor de los migrantes. Asimismo, según se desprende de su jurisprudencia, la CPR reconoce a los migrantes la titularidad de derechos plenamente y que el hecho de realizar distinciones basadas en raza y nacionalidad configura una categoría sospechosa.

En cuanto al objeto específico de estudio, identificamos diversas sentencias que refieren al derecho a la identidad cultural de migrantes pertenecientes a minorías étnicas. Los criterios jurisprudenciales apuntan al deber de tomar en cuenta las previsiones contenidas en

el Convenio 169 de la OIT a fin de verificar que sus actividades se encuentren enmarcadas dentro de un proceso formativo propio de su cultura. Estos tribunales han reconocido las prácticas culturales que son propias de estos migrantes (revisando el caso de migrantes indígenas ecuatorianos de la ciudad de *Otaivaló*), sosteniendo que ciertas actividades pueden ser enmarcadas dentro de los procesos formativos que integran su cultura. Otros pronunciamientos se leen respecto del empleo de la propia lengua por parte de los migrantes *quichuas* en los procesos judiciales en los que estos últimos han estado involucrados, como una garantía del debido proceso.

Por su parte, el TC entiende que la vulnerabilidad de los migrantes (en relación a migrantes haitianos) viene dada por las difíciles circunstancias que enfrenan los migrantes al momento de emigrar y durante el proceso migratorio, más allá de las posiciones de desventaja en la que estos se encuentran dentro de las sociedades de acogida. Al mismo tiempo, las sentencias estudiadas reconocen el listado de derechos que asisten a los migrantes, según las observaciones pronunciadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, reiterando el derecho de estos a disfrutar de su propia cultura, practicar y profesar su propia religión y su propio idioma.

Entonces, a la luz de sus fuentes de Derecho Internacional y su recepción constitucional, es posible afirmar que la jurisprudencia chilena ha reconocido y dotado de contenido al derecho humano a la identidad de los migrantes, en relación con el respeto y protección sus lenguas, prácticas culturales y creencias religiosas, todo lo cual configura sus formas de vida que, en su conjunto, constituyen un valor de la sociedad democrática.

Referencias

- AGUILAR, Gonzalo. *La dinámica internacional de la cuestión indígena*. Santiago: Librotecnia. 2007.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. *Ius et Praxis*, v. 16, n. 2, p. 185 – 210, 2010.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La titularidad de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, v. 1, n. 1, p. 187-201, 2003.

- ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, p. 13-61, 2004.
- ANDRADE, María José. Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos. *Revista Campos en Ciencias Sociales*, v. 2, n. 6, p. 13-48.
- ARLETAZZ, Fernando. La exclusión del extranjero. Consideraciones de Filosofía Jurídica. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n. 12, p. 7-26, 2014.
- ARP, Jörn. *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- AYLWIN, José. Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena. En: STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego (comp.). *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano, 1990.
- AZÓCAR, Rodrigo. Desafíos y propuestas para contribuir al ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en Chile. *Temas de la Agenda Pública*, n. 90, p. 1-15, 2016.
- BALBONTIN-GALLO, Cristóbal. El conflicto mapuche como lucha por el reconocimiento: La necesidad de una nueva clave de lectura. *Izquierdas*, Santiago, v. 49, abr. 2020.
- BASCH, Nina; GLICK SCHILLER, Linda; SZANTON BLANC, Cristina. *Nations Unbound: Transnational Project, Postcolonial Predicaments, and De-territorialized Nation States*. New York: Routledge, 1993.
- BASSA, Jaime. Reserva legal y protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes. *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, n. 1, p. 17-41, 2007.
- BASSA, Jaime; TORRES, Fernanda. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 103-124, 2015.
- BECA, Juan Pablo. De la discusión sobre jerarquía de los tratados internacionales a la idea de pluralismo constitucional. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 5, n. 3, p. 23-38, 2014.
- BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. New Jersey: Princeton university press, 2002.
- BENNOUNE, Karima. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/HRC/31/59, 2016*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/59>. Acceso: 10 dic. 2020.
- BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Ius constitucionale commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014.
- BUSTAMANTE, Jorge. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/30, 2010. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/14/30>. Acceso: 4 oct. 2020.
- BUSTAMANTE, Jorge. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante A/HRC/7/12, 2008*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/7/12>. Acceso en: 13 dic. 2021.
- BUSTAMANTE, Jorge. *Un marco de referencia acerca de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de los derechos humanos*. Taller sobre mejores prácticas en materia de migración. CEPAL, 2000.
- CA de Punta Arenas (2016, rol n. 69-2016).
- CA de Rancagua, (2013, rol n° 103-2011).
- CA de Santiago, (2011, rol N. 131-2011).
- CA de Temuco (2009, rol n°1773-2008).
- CA de Valparaíso (2014, rol N ° 2476-2014).
- CAPOTORI, Francesco. *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979*. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?ln=en>. Acceso: 15 may. 2021.
- CARMONA CALDERA, Cristóbal. Hacia una comprensión 'trágica' de los conflictos multiculturales: acuerdos reparatorios, VIF y derecho propio indígena. *Revista Chilena de Derecho*, v. 42, n. 3, p. 975-1001, 2015.
- CASTILLO, Luis. La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 10, n. 2, p. 231-280, 2012.

- CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho constitucional chileno*. 2. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes E/CN.4/1999/80, 1999*. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1493723?ln=es#record-files-collapse-header>. Acceso en: 13 oct. 2021.
- COMISIÓN EDH, G. and E. v. Norway (“Hhe Alta Case”), N. 9278/81 y 9415/81, admisibilidad, decisión 3 oct. 1983.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, 2002*. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1975>. Acceso: 10 mar. 2021.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1, 2009*. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso: 3 oct. 2021.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N. 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.7, 1986*. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom15.html>. Acceso: 3 nov. 2020.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N. 21: Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9, 1992*. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN21. Acceso: 2 ene. 2021.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, documento de las NACIONES UNIDAS. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004*. Disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=478b26ea2>. Acceso: 8 sep. 2021.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 23: Derecho de las minorías (artículo 27), documento de las naciones unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (V. I), 1994*. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)). Acceso: 30 jul. 2021.
- COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. *Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, documento de las Naciones Unidas CMW/C/GC/2, 2013*. Disponible en: <https://undocs.org/es/CMW/C/GC/2>. Acceso: 4 oct. 2020.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. *Recomendación General N° 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos, 2004*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc37ca.html>. Acceso: 30 may. 2021.
- CONTRERAS, Pablo; GARCÍA, Gonzalo. *Estudios sobre control de convencionalidad*. Santiago: DER Ediciones, 2020.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. *Ataque a joven homosexual: ¿es necesaria la ley antidiscriminación, 2012*. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/ataque-a-joven-homosexual-es-necesaria-la-ley-antidiscriminacion/>. Acceso en: 29 jul. 2012.
- CORREA, Juan José. *Identidades, arraigos y soberanías. Migración peruana en Santiago de Chile. Polis Revista Latinoamericana*, v. 14, n. 42, p. 167-189, 2015.
- CORTE IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, 10 septiembre de 1993. Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, Sentencia de 8 octubre de 2015*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Samboyamaxa Vs. Paraguay, sentencia 29 marzo 2006*. Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005*. Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) Vs. Argentina, sen-*

- tencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, reparaciones y costas.
- CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Moimana Vs. Suriname, 15 junio de 2005*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 28 noviembre de 2007*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 12 junio 2012*. Fondo, reparaciones y costas.
- CORTE IDH. *Caso Pueblo Xucuro Vs. Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003)*, 17 septiembre 2003, Serie A N° 18.
- CORTE IDH. *Resolución 2/11 sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos, Medidas Cautelares 259-02, 2002*. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Resoluci%C3%B3n%202-11%20Guant%C3%A1namo.pdf>. Acceso: 5 abr. 2021.
- CRÉPEAU, François. *Derechos humanos de los migrantes*: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/69/302, 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/99/PDF/N1450199.pdf?OpenElement>. Acceso: 13 mar. 2020.
- CS (2010, rol N° 3867-2010).
- CS (2011, rol N° 866-2011).
- CS (2011, rol N° 981-2011).
- CS (2012, rol N° 4000-2012)
- CS (2012, rol N° 7018-2012).
- CS (2013, rol N° 2174-13).
- CS (2013, rol N° 5112-2013).
- CS (2013, rol N° 66-2013).
- CS (2015, rol N° 12356- 2015).
- CS (2016, rol N° 1727-2016).
- CS (2016, rol N° 6414-2016).
- CS (2017, rol N° 9317-2017).
- CS, (1998, rol n° 469-98).
- CS, (2006, rol n. 559-04).
- CS, (2013, rol n. 3563-2013).
- CS, (2016, rol 6.628-2015).
- DE LUCAS, Javier. *Europa. Derechos, Culturas*. Valencia: PUV, Tirant lo Blanch, 2006.
- DEL REAL, Alberto. *El DIC: ¿derecho de la persona o derecho de los pueblos?* Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.
- DESCHENES, Jules. *Proposal concerning a definition of the term "minority", documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1985/31, 1985*. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/88267?ln=en>. Acceso: 7 ago. 2021.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. ¿Es la ley Zamudio verdaderamente una Ley general antidiscriminación? *Revista Actualidad Jurídica*, n. 28, p. 279-297, jul. 2013.
- DIAZ GARCÍA, Iván. Ley chilena contra la discriminación: una evaluación desde los derechos Internacional y Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, v. 40, n. 2, p. 635 – 668, 2013
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las naciones unidas. *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos*, v. 3, n. 1, p. 42–62, 2015.
- DIAZ, Regina Ingrid. Una nueva institucionalidad para la protección de los derechos de las personas migrantes en Chile. *Revista Justicia y Derecho*, v. 3, año 1, p. 20, 2020.
- DIÈNE, Doudou; MCDUGALL, Gay. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo/racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia: seguimiento y aplicación de la declaración y programa de acción de Durban, documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/19/Add.5 y A/HRC/7/23/Add.3 (Informe conjunto), 2008. Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/HRC/7/19/Add.5>. Acceso: 12 abr. 2021.
- DOÑA-REVECO, Cristian. *La reforma de la ley migratoria de Chile ofrece más restricciones, menos bienvenida, 2021*. Disponible en: <https://www.migrationportal.org/es/insight/reforma-ley-migratoria-chile-ofrece-mas-restricciones-menos-bienvenida/>. Acceso: 20 may. 2021

- DONDERS, Yvonne. Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed! *Diritti umani y diritto internazionale*, v. 12, n. 5, p. 525-548, 2018.
- ELOSEGUI ITXACO, María. *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Editorial Aranzandi, 2013.
- FAUNDES, Juan Jorge; BUENDÍA, Paloma. Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, 2021.
- FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, 2020.
- FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural. *Brazilian Journal of International Law*, v. 11, n. 3, p. 222-255, 2020.
- FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019.
- FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.
- FAUNDES, Juan Jorge. *Horizontes Constituyentes*. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia. Curitiba: Editora Appris, 2020.
- FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. “Grupos vulnerables”. Em: Jovino Pizzi; Maximiliano Censi (coord.). *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologias Sociais, Universidad Federal de Pelotas (UFPel) – Brasil. 2021. p. 104-1015.
- FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia. Grupos vulnerables. En: PIZZI, Jovino; CENSI, Maximiliano (coord.). *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Ufpel, 2021. p. 104-115.
- FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020.
- FAUNDES, Juan; LE BONIEC, Fabien. Cultura jurídica chilena, derecho a la identidad cultural y jurisprudencia, un acercamiento metodológico interdisciplinario. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 11, n. 1, p. 137-193, 2020.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. El concepto de dignidad humana ante la jurisprudencia de la Corte suprema. En: FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (ed.). *Principios, valores e instituciones: El Departamento de Derecho Público UC ante el cambio constitucional, reflexiones y propuestas*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016. p. 25-38.
- FINN, Victoria; UMPIERREZ DE REGUERO, Sebastian. Inclusive language for exclusive policies: Restrictive migration governance in Chile, 2018. *Latin American Policy*, v. 11, n. 1, p. 42-61, 2020.
- GRIGORY IVANOVITCH, Tunkin. *Droit international public: problèmes théoriques*. Paris: Editions A. Pedone, 1965.
- GROENENDIJK, Kees. The legal integration of potential citizens: denizens in the EU in the final years before the implementation of the 2003 directive on long term resident third country nationals. En: AA.VV. (ed.). *Acquisition and Law of Nationality*. Comparative Analyses: Policies and Trends in 15 European Countries. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006. v. 1. p. 385-410.
- GROS ESPIELL, Héctor. *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*. México: UNAM, 1978.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORIAS. *Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 2005*. Disponible en: file:///C:/Users/56931/Downloads/E_CN.4_Sub.2_AC.5_2005_2-ES.pdf. Acceso: 11 jul. 2021.

- HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. LV, p. 3-25. 2010.
- HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017.
- HERNÁNDEZ, Rosalva; HERRERA, Juan; MACLEOD, Morna; RAMÍREZ, Renya; SIEDER, Rachel; SIERRA, María; SPEED, Shannon. Cruces de fronteras, identidades indígenas, género y justicia en las Américas. *Desacatos*, n. 31, p. 13-34, sept./dic. 2009.
- HÜBNER, Jorge. *Panorama de los derechos humanos*. Santiago: Editorial Andrés Bello. 1973.
- KAZTMAN, Rubén. Notas sobre la medición de la vulnerabilidad social. En: BID-Banco Mundial-CEPAL-DEC. 5° Taller Regional. *La medición de la pobreza: métodos y aplicaciones (continuación)*. Santiago de Chile: CEPAL, 2000. p. 275-301.
- KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 17, p. 11-50, oct. 2007.
- LARA, Carlos; PINCHEIRA, Carlos; VERA, Francisco. La privacidad en el sistema legal chileno. *Policy Papers*, n. 8, p. 94, 2014.
- MARÍN, M^a Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 9, p. 1-8, 2007.
- MARIÑO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos. Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. En: FERNÁNDEZ, Liesa; MARIÑO, Fernando (coord.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001.
- MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. *Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, documento de las Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2012/3*. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso: 10 dic. 2020.
- MEDDA-WINDISCHER, Roberta. Fundamentos para la protección de las antiguas y nuevas minorías. En: RUIZ, Eduardo; URRUTIA, Gorka (ed.). *Gestión de la diversidad en sociedades tradicionalmente divididas: Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?* Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, 2010. p. 67-98.
- MELLO Patricia; LACERDA Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvinba (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, 2020.
- MELLO, Patricia. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitucionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 254-286, 2019.
- MURPHY, Sean. *Principles of International Law*. Washington: Thomson West, 2006.
- NASH ROJAS, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012.
- NASH ROJAS, Claudio. *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica*. Tendencias jurisprudenciales. 2008. Tesis (doctorado). Universidad de Chile, Santiago, 2008.
- NASH ROJAS, Claudio. *La incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena, ponencia presentada en el curso regional para jueces, fiscales y abogados de Argentina, Chile y Uruguay organizado por UNICEF, en Montevideo, 2003*. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142607/LaIncorporaci%c3%b3n-de-los-Instrumentos-Internacionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso: 19 dic. 2017.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos Fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus Editorial, 2014.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, v. 13, n. 2, p. 301-350, 2015.

- OIM. *Glosario sobre migración*, 2006. Disponible en: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf. Acceso: 3 mar. 2017.
- OIM. *respuestas presentadas por la Organización Internacional para la Migraciones (OIM) a algunas de las preguntas realizadas por la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante la audiencia realizada en el marco de la solicitud de opinión Consultiva sobre niñez migrante los días 9 y 10 de octubre de 2013, documento de la OIM DR/CDH/091, 2013*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/complementarias/escrito-OIM-14-11-2013.pdf>. Acceso: 4 sep. 2021.
- OLIVARES, Alberto. El Derecho a la identidad cultural. En: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2019.
- ONU. *Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de Intolerancia, documento de la Organización de Naciones Unidas A/CONF.189/PC.2/7, 2001*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CONF.189/PC.2/7>. Acceso: 10 dic. 2020.
- PALACIOS TREVIÑO, Jorge. Los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias. En: OEA (ed.). *Universalismo y Regionalismo a Inicios del Siglo XXI*. Río de Janeiro: OEA, 2010.
- PEÑA Y LILLO, Gaspar Jenkins. La acción de no discriminación arbitraria a la luz de la tutela judicial efectiva. *Estudios Constitucionales*, v. 18, n. 1, p. 211-258, 2020.
- RAMÍREZ, Silvina. Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas. En: MARCELO ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord.). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012.
- REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público: Principios fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1987. Tomo I.
- RÍOS, Lautaro. Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos. *Ius et Praxis*, v. 2, n. 2, p. 101-112, 1997.
- RODRÍGUEZ VIGNOLI, Jorge. *Vulnerabilidad y grupos vulnerables: un marco de referencia conceptual mirando a los jóvenes*, 2001. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/7150/S018659_es.pdf. Acceso: 18 sep. 2021.
- RODRÍGUEZ, Gabriela. *Tercer informe de 15 de febrero de 2002, Comisión de Derechos Humanos – Naciones Unidas, documento, E/CN.4/2002/94, 2002*. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/462884?ln=es>. Acceso: 23 dic. 2021.
- RODRÍGUEZ, Pablo. Sobre discriminación arbitraria. *Actualidad jurídica*, n. 28, p. 187-205, 2013.
- ROSALES, Cecilia. Acción de no discriminación arbitraria. En: AA.VV. (ed.). *Acciones protectoras de derechos fundamentales*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El DIC de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, p. 43-69, 2006.
- RUIZ, Eduardo. Minorías Europeas y Estado de Derecho. En: GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel (ed.). *Las Minorías en una Sociedad Democrática y Pluricultural*. Madrid: Universidad de Alcalá, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana con-teúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SHAHEED, Farida. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, documento de las Naciones Unidas A/67/287, 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso: 3 oct. 2021.
- SHAHEED, Farida. *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shabheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council, documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/36*. 2010. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/14/36>. Acceso: 10 dic. 2020.
- SHAW, Malcolm. *International Law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional: principios, fuerzas y regímenes políticos*. 2. ed. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1997.
- SOLÉ, Carlota; PARELLA, Sònia; ALARCÓN, Amado; BERGALLI, Valeria; GIBERT, Francesc. El impacto de la inmigración en la sociedad receptora. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, España, 90, p. 31-157, 2000.
- SORIANO DÍAZ, Ramón Luis. *Los Derechos de las Minorías*. Madrid: Editorial Mad, 1999.

- SUBIRATS, Joan. *Pobreza y Exclusión Social: Un análisis de la realidad española y europea: Colección Estudios Sociales*. Barcelona: Fundación La Caixa, 2004.
- TAPIA VALDÉS, Jorge. Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias: alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5° de la CPR de 1980. *Ius et Praxis*, v. 9, n. 1, p. 351-364, 2003.
- TC (2003, rol n° 389-2003).
- TC (2008, rol n° 976-2008).
- TC (2009, rol n° 1218-08).
- TC (2013, rol 2273-12).
- TC (2013, rol n° 2257-2013).
- TC (2018, rol 4757-18).
- TC (2020, rol n° 9930-20).
- TC (2020, rol n° 6307-19).
- TEDH. Caso Asunto Sejdic y Finci c. Bosnia-Herzegovina, N°27996/06 y 34836/06, (GS) sentencia 22 de diciembre 2009.
- TEDH. Caso Buckley c. United Kindom, N°20348/92, 29 septiembre de 1996.
- TEDH. Caso Chapman c. Reino Unido, N°27238/95, (GS) 18 de enero de 2001.
- TEDH. Caso Connors c. Reino Unido, núm. 66746/01, 27 de mayo de 2004.
- TEDH. Caso D.H. c. República Checa, [GC], N°57325/00, 7 de febrero de 2006.
- TEDH. Caso Laustsi y otros c. Italia, N°30814/06, 3 de noviembre de 2009.
- TEDH. Caso Leyla Sahín c. Turquía, N°44774/1998, 29 de junio de 2004.
- TEDH. Caso Muñoz Díaz c. España, N°49151/07, 8 de diciembre de 2009.
- TEDH. Caso Oršuš y otros c. Croacia, N°15766/03, sentencia 16 de marzo de 2010.
- TEDH. Caso S.A.S. c. Francia, N°43835/2011, (G.S.) sentencia 1 de julio de 2014.
- TEDH. Caso Sampanis y otros c. Grecia, No 32526/05, 5 de junio de 2008.
- TEDH. Caso Sidiropoulos y otros c. Grecia, N° 26695/95, 10 de julio 1998.
- TEDH. Caso Stankov y la Organización Unida de Macedonia Ilinden c. Bulgaria, N° 29221/95 y N° 29225/95, 2 de octubre de 2001.
- TONIATTI, Roberto. *El paradigma constitucional de la inclusión de la Diversidad cultural: notas para una comparación Entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latino América*. 2015 Disponible en: http://www.jupls.eu/images/JPs_WP_RT_Ponencia_2015.pdf. Acceso: 3 oct. 2021.
- TONIATTI, Roberto. Los derechos del pluralismo cultural en la Nueva Europa. *R.V.A.P.*, v. 2, n. 58, p. 17-48, 2000.
- TORREALBA, Nicolás. Mínimos regulatorios para una nueva y mejorada ley de extranjería. En: Centro Democracia y Comunidad (coord.). *Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*. Santiago de Chile: Konrad Adenauer Stiftung, 2013. p. 9-16.
- Tribunal oral en lo Penal de Punta Arenas (2015, rol n° 113-2015).
- VALLS, Ramón. El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 5, p. 278-285. 2015. p. 283-285.
- VARELLA, Marcelo; MONEBHUURUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Río de Janeiro: Editora Processo, 2019.
- VENTURA-ROBLES, Manuel. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, v. 40, p. 87-131, 2004.
- VERGARA, Jorge Iván; HANS GUNDERMANN, Rolf Foerster. Instituciones mediadoras, legislación y movimiento indígena de Dasin a Conadi (1953-1994). *Atenea*, n. 491, p. 71-85, 2005.
- VIAL, Tomás. La Nueva Ley Antidiscriminación: Propuestas para avanzar en su Perfeccionamiento. En: AA.VV. (ed.). *Anuario de Derechos Humanos N° 9*. Santiago: Universidad de Chile, 2013.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.