



**Magister en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional
Centro de Estudios Constitucionales de Chile**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Talca**

**Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal
Constitucional**

**Tema: Principio de no expulsión: los derechos humanos como limitación a la sanción de expulsión por
parte de la autoridad migratoria**

Tesista: Mario Gabriel González Cancino

Director de Tesis: Gonzalo Aguilar Cavallo

**Santiago
Junio 2019.**

Índice

Introducción	3
1. Principio de no devolución y de no expulsión	4
1.1. Similitudes y diferencias entre el principio de no devolución y el de no expulsión	5
1.1.1. El derecho a la libertad de circulación	10
1.1.2. Límite de los límites al derecho de libre circulación	12
1.2. Diferencias en la situación migratoria de las personas y el reconocimiento de sus derechos.....	13
1.2.1. Situaciones migratorias	14
1.2.2. Derechos de los migrantes en situación irregular	16
2. Fuentes del principio de no expulsión y de no devolución.....	18
2.1. Internacionales	18
2.1.1. <i>Hard Law</i>	18
2.1.1.1. Sistema Universal	18
2.1.1.2. Sistema Regional.	20
2.1.2. <i>Soft law</i>	22
2.1.2.1. Sistema Universal	22
2.1.2.2. Sistema Regional	23
2.2. Fuentes Nacionales	24
3. Principio de no expulsión como límite a la facultad de expulsión.....	29
3.1. Expulsiones absolutamente prohibidas.	31
3.2. Casos en que la expulsión de migrantes se encuentra limitada o restringida	35
4. Conclusión	41
5. Bibliografía Citada	43

Introducción

Este trabajo tiene por objetivo principal analizar los casos en que opera el principio de no expulsión en materia migratoria especialmente tratándose de los migrantes en situación irregular, conforme a los estándares establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en concordancia con el nuevo paradigma constitucional y su interpretación. Por ello, este trabajo pretende responder a la siguiente pregunta general de investigación: ¿Puede el Estado expulsar, en todos los casos, a los migrantes que se encuentren en situación irregular que incumplan la legislación migratoria? ¿Existen casos de prohibición de la expulsión o de restricción a la expulsión en casos de migrantes?

La hipótesis principal es que el Estado tiene limitaciones al ejercer su facultad de expulsión en casos de migrantes en situación irregular, puesto que debe respetar el principio de no expulsión consagrado en el DIDH.

El método que se ha preferido en esta investigación corresponde al método de investigación jurídica dogmática, particularmente la sistemática, pero también la realista o empírica, utilizando los métodos de interpretación pro migrante, o pro persona, para desarrollar la exposición del principio de no expulsión, desde las fuentes del DIDH y su aplicación en el derecho interno. Por otro lado, en la detección de las situaciones en que no procede la expulsión, se utilizará el principio de proporcionalidad por existir limitación y afectación al derecho de circulación.

Por tanto, el trabajo se divide en dos grandes partes. La primera parte aborda las diferencias de los principios de no expulsión y el de no devolución y sus fuentes, con el objetivo de diferenciarlos y examinar estas fuentes y su aplicación en el derecho interno. Hay que considerar que, el principio de no devolución y el de no expulsión, se aplican en contextos diferentes, puesto que, pese a tener un mismo origen, el primero se aplica en el contexto de refugio y el segundo rige como limitación a la facultad de la autoridad migratoria para expulsar, aplicándose a toda persona objeto de una eventual expulsión, pues su objeto es resguardar los derechos humanos (DDHH) de los migrantes, sin importar su situación migratoria. La segunda parte trata la aplicación propiamente tal del principio de no expulsión para determinar las situaciones en que no procede la expulsión de migrantes por regir este principio, puesto que existen situaciones en que la autoridad migratoria no puede expulsar a personas por regirles el principio de no expulsión.

1. Principio de no devolución y de no expulsión

La doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacional, no abordan expresamente el principio de no expulsión, pero sí lo desarrollan.¹ La jurisprudencia internacional no lo identifica como principio autónomo y, en ocasiones, lo confunde con el principio de no devolución pero sí lo desarrolla en sus interpretaciones de los distintos órganos creados por tratados.² En cambio los tratados internacionales, en general, si hacen referencia a casos en que no procede la expulsión.

Este principio es muy relevante y debe ser especialmente respetado en casos de migrantes que solicitan protección, en particular, a quienes se encuentran en situación irregular, la que constituye en sí mismo, un estado de vulnerabilidad. Esto no significa que el principio no sea aplicado a migrantes que se encuentran en situación regular, pues la sanción de expulsión puede ser impuesta a cualquier mi-

¹ Gil (2019), p. 206; Pérez (2016), p. 456; Arlettaz (2018), p. 301; Pérez (2012), p. 8; Uprimny y Sánchez (2014), p. 549; Arenas-Hidalgo (2017), p. 191; Beloff (2014), p. 498; Domínguez (2016), p. 192; Esponda (2018), p. 81.

² Comité de Derechos Humanos (1992): Observación General núm. 20, prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (artículo 7), de 10 de marzo de 1992; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008): Caso Andrea Mortlock Vs. Estados Unidos, de 25 de julio de 2008; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010): Caso Manuel Cepeda Vs. Colombia, de 26 de mayo de 2010; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010): Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros Vs. Estados Unidos, de 12 de julio de 2010; Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2013): Observación general N°2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, de 28 de agosto de 2013; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013): Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014): OC-21/14 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, de 19 de agosto de 2014; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014): Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, de 28 de agosto de 2014; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014): Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala, de 28 de agosto de 2014; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2014): Recomendación General núm. 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiadas, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres, de 14 de noviembre de 2014; Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño (2017): Observación General conjunta núm. 3 y núm. 22 sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, de 16 de noviembre de 2017; Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño (2017): Observación General conjunta núm. 4 y núm. 23 sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacionales de los países de origen, tránsito, destino y retorno, de 16 de noviembre de 2017; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018): OC-25/18 solicitada por la República del Ecuador, de 30 de mayo de 2018.

grante que cumpla con las causales legales de expulsión, siendo estas situaciones en que más rigurosidad debe existir al aplicar este principio.

Para ello, en la segunda parte, examinaremos los casos en que la expulsión no es procedente, como también aquellos casos en que, bajo determinadas circunstancias, el Estado debe abstenerse de aplicar la sanción de expulsión. El principio de no devolución (*non refoulement*) se encuentra relacionado con el principio de no expulsión, pero tiene un campo más específico, acotado, de aplicación. La relación entre uno y otro principio se examinará a continuación.

1.1. Similitudes y diferencias entre el principio de no devolución y el de no expulsión

Actualmente el concepto de “principio de no expulsión” no es usado, incluso es confundido, con el principio de no devolución, sin perjuicio que el principio de no expulsión perfectamente puede ser utilizado en favor de un refugiado. Por tanto, existe la necesidad de aclarar que son principios completamente autónomos y que deben ser usado en las políticas migratorias del Estado, con un enfoque de DDHH y que busque el resguardo de estos derechos a todos los migrantes, cualquiera que sea su situación migratoria. El principio de no devolución y el de no expulsión se aplican en contextos diferentes, el primero se aplica en el contexto de refugio y el segundo rige como limitación a la facultad de la autoridad migratoria para expulsar. A continuación se va a diferenciar entre ambos principios.

Para comenzar esta distinción, resulta necesario aclarar que la presente investigación excluye la situación de turistas, diplomáticos, artistas de espectáculos masivos, deportistas de alto rendimiento y refugiados puesto que nos enfocaremos en los migrantes en situación irregular, quienes han sido considerados como un grupo en situación de vulnerabilidad al estar expuestos a situaciones en que sus derechos pueden ser violados al estar más desprotegidos.³ También consideraremos algunos casos de migrantes regulares como trabajadores, estudiantes y por tratamiento de salud, como también la situación especial de las víctimas de tráfico de migrantes y de trata de personas, sin perjuicio que en ciertos puntos, debemos profundizar sobre refugiados. En el caso de los turistas, no se consideran dentro del grupo vulnerable de los migrantes, puesto que al ser temporal en el tiempo, por lo general no más de 90 días, sin intención de permanecer en el país extranjero, o de asentarse con el fin de desarrollar un proyecto migratorio, no se encuentra expuesto a vulneraciones. Lo mismo ocurre en el caso de los diplomáticos, quienes además les rige un estatuto jurídico especial regido por el Derecho Internacional Público. En el caso de los artistas de espectáculos masivos y deportistas de alto rendimiento, su fin es una situación específica muy corta en el tiempo, por lo que tampoco se ven expuestos a ser un grupo vulnerable. Sin perjuicio de lo anterior, gozan de todos los DDHH.

Conceptualmente hablando, a continuación abordaremos el principio de no devo-

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013): Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013, párr. 128 y Schönsteiner (2016), p. 139.

lución y, enseguida, analizaremos el principio de no expulsión. En primer lugar, el principio de no devolución consiste en que *“ninguna persona puede ser desembarcada en un país, forzada a entrar, conducida o entregada de algún otro modo a sus autoridades cuando, entre otros supuestos, exista un riesgo grave de que se vea expuesta a sufrir pena de muerte, tortura, persecución o cualquier otra pena o trato inhumano o degradante, o cuando su vida o su libertad estén amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o cuando exista un riesgo grave de que sea expulsada, trasladada o extraditada a otro país incumpliendo este principio (devolución indirecta o en cadena).*⁴ Por tanto, se aplica en el campo de los refugiados y las normas que se encuentran en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (CsER). Al señalar *“devolución”* se hace referencia a la frontera, es decir que una persona que solicita el ingreso a un determinado país, éste le deniega el acceso *“devolviendo”* al solicitante de refugio, lo cual el DIDH prohíbe en distintos instrumentos internacionales. Es una norma de derecho consuetudinario internacional y es considerada la piedra angular de la protección internacional a personas solicitantes de asilo y refugiadas.⁵

La CsER, en sus artículos 32 y 33, se refiere tanto a la devolución como a la expulsión y su prohibición, pero siempre en el contexto de los refugiados. Específicamente el artículo 32 establece los casos excepcionales en que procedería la expulsión de refugiados, siendo el artículo 33 el que establece la prohibición de no devolución, distinguiendo en su redacción a la expulsión. *“1. Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. [...]”*. En el contexto de la CsER, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que *“[...] la protección brindada por el principio de no devolución aplica a todos los refugiados hayan o no sido reconocidos aún como tales por las autoridades [...]”*,⁶ es decir, se aplica este principio a personas que no han sido reconocidas como refugiados, lo que implica que sus casos deben ser revisados. De todas formas es sobre estatuto de los refugiados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que *“[l]a prohibición de devolución significa que cualquier persona reconocida como refugiado o que solicita reconocimiento como tal puede acogerse a esta protección para evitar su expulsión. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones”*.⁷ Lo relevante es que se hace referencia a refugiados y solicitantes de refugio, no siendo aplicable a cualquier persona.

⁴ Arenas-Hidalgo (2017), p. 192.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (2013), p. 53; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), párr. 438; Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, párr. 179; Arlettaz (2016), p. 22; Gil (2019), p. 201.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 210.

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000), párr. 25.

Por su parte, la definición del principio de no expulsión se puede desprender de lo señalado por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW), al referirse a la “protección sustantiva contra la expulsión: no devolución” afirmando que *“el principio de no devolución,⁸ consagrado en el derecho internacional y regional de los [DDHH] y de los refugiados, prohíbe trasladar a personas por la fuerza, de cualquier forma, a países o territorios en los que dichas personas puedan ser víctimas de persecuciones o de abusos o violaciones graves de los [DDHH] [...] incluye[ndo] el riesgo de sufrir torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, como unas condiciones de detención inhumanas y degradantes en el caso de los migrantes o la ausencia del tratamiento médico necesario en el país de retorno, así como riesgos para el disfrute del derecho a la vida [...] [, aplicándose] [t]ambién [...] a situaciones en que las personas puedan ser reenviadas a terceros países. [...] [D]ebe protegerse a los migrantes y sus familiares en los casos en que la expulsión suponga una injerencia arbitraria en el derecho a la familia y a la vida privada. También puede protegerse de la expulsión a los migrantes y sus familiares en situación irregular que requieran protección internacional”*.⁹

Este principio tiene un campo de aplicación general a los migrantes, tanto dentro del Estado como en forma internacional. Las normas aplicables son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), artículo 13, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CIsPDTMyF), artículo 22, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), artículo 22, entre otras. En consecuencia, el principio de no devolución y el principio de no expulsión no son lo mismo y sus campos de aplicación son diferentes. Por tanto, el principio de no devolución tiene aplicación práctica en el contexto de los refugiados, lo que no aplica para migrantes en situación regular o irregular dentro de un Estado, donde sí opera este otro principio, por tener aplicación práctica para migrantes.

La Corte IDH ha señalado que el principio de no devolución, actualmente, no sólo es un componente exclusivo de la protección internacional de los refugiados,¹⁰ lo que permite desprender que existe esta distinción entre los principios y que tienen efectos similares. Asimismo, afirma la Corte IDH, *“el principio de no devolución no sólo es fundamental para el derecho de asilo, sino también como garantía de diversos [DDHH] inderogables, ya que justamente es una medida cuyo fin es preservar la vida, la libertad o la integridad de la persona protegida”*,¹¹ sobre lo cual entendemos que se refiere al principio de no expulsión de manera implícita bajo la expansión de la aplicación del principio de no devolución al DIDH.¹² En el mismo

⁸ Lo entendemos como principio de no expulsión.

⁹ 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, 28 de agosto de 2013, párr. 50.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, párr. 180

¹¹ *Ibíd.*

¹² Gil (2019), p. 209 y Pérez (2016), p. 458.

sentido, la Corte ha señalado que en el sistema interamericano existe el derecho de toda persona extranjera, no solo de refugiados o asilados, a la no devolución cuando se configuren las causales para que no sea expulsado, esto es cuando exista un riesgo de violación de su vida, integridad y/o libertad.¹³ No hay dudas que el principio de no expulsión tiene vigencia, está reconocido y es distinto al de no devolución. A diferencia de la CIsPDTMyF, la CADH prohíbe expulsar o devolver a un extranjero a otro país sea o no el de origen, sea refugiado o no.¹⁴

Si bien es cierto que los tratados internacionales reconocen la facultad de los Estados para establecer sus propias reglas en materia migratoria, la CIDH y la Corte IDH han señalado que, en la implementación de políticas, leyes y prácticas en materia migratoria, los Estados deben respetar y garantizar los DDHH de todas las *personas migrantes*, los cuales derivan de la dignidad humana.¹⁵ Hay que destacar la calificación de “*personas migrantes*”, concepto que es mucho más amplio que el utilizado respecto del principio de no devolución y los refugiados. Por tanto, se resguarda a toda persona que sea migrante, en situación regular o irregular, ante el sometimiento de una decisión de la autoridad migratoria.

En este sentido, la Corte IDH interpretó el artículo 22.8 de la CADH señalando que “[...] a pesar de que dicha disposición fuera incluida a continuación de la consagración del derecho individual a buscar y recibir asilo, siendo un derecho más amplio en su sentido y alcance que el que opera en la aplicación del derecho internacional de refugiados [...]”.¹⁶ Esto despeja la duda de que estamos hablando de dos principios, el de no devolución para los refugiados, y el de no expulsión para los migrantes en general, incluidos refugiados.¹⁷

De manera extensa, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva (OC) N°21/2014, ha desarrollado esta distinción explicitando que el objeto buscado por estos principios abarcan muchas más situaciones que sólo el refugio, incluso citan los trabajos preparatorios de la CADH, determinando la forma en que se optó por la redacción del artículo 22.8, en el cual se sustituyó la palabra “refugiado” por el término de “extranjero”, quedando en evidencia la intención de extender su efecto a los migrantes.¹⁸ Incluso la Corte va más allá, elevando el estándar de la palabra “extranjero”, interpretando que debe entenderse como “toda persona que no sea nacional del Estado en cuestión”¹⁹ lo que incluye toda situación en la que se encuentre un

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013, párr. 135.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación (2013); p. 53

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs República Dominicana, de 28 de agosto de 2014, párr. 350 y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), párr. 6

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, párr. 186 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 217.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, párr. 186.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 216 y Esponda (2018), p. 81.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 218.

no nacional, bien sea con estatus regular, irregular o a la apatridia.

Por otra parte, desde un punto de vista conceptual, la expulsión es, por cierto, una sanción administrativa. Esta sanción representa la afectación más grave de derechos para un migrante.²⁰ Para abordar la expulsión de extranjeros, el relator especial define expulsión como “*el acto jurídico por el cual un Estado obliga a una persona o grupo de personas nacionales de otro Estado a abandonar su territorio*”.²¹ En materia de migración, la Corte IDH entiende por expulsión “[...] *cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo.*”²²

Al respecto, la Corte IDH, desarrolló un estándar mínimo que deben contemplar los procedimientos de expulsión. Debe ser individual para que se evalúen las circunstancias personales de la persona, exento de discriminación por motivos de raza, nacionalidad, color, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y observar las siguientes garantías:

- i) Ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:*
 - a. La posibilidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra;*
 - b. La posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;*
- ii) En caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y*
- iii) La eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.*²³

En definitiva, la expulsión es un acto de autoridad que es la máxima sanción en materia migratoria y puede traer consecuencias gravísimas para el afectado. El sólo hecho de no poder regresar, aunque sea por un periodo limitado de tiempo, trae como consecuencia, por ejemplo, perder el empleo o separarse de su familia,²⁴ por lo que se debe ejercer con un debido cuidado. Por su parte, en el contexto de refugiados, el ACNUR señala que “*de conformidad con el artículo 32 de la [CsER], la expulsión es el desalojo de una persona refugiada que reside legal-*

²⁰ Dellacasa y Hurtado (2016), p. 157.

²¹ Comisión de Derecho Internacional (2005), párr. 13.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 269.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013): Caso Familia Pacheco Vs. Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2014, párr. 133 y Gil (2019), p. 204.

²⁴ Vargas (2018), p. 521.

mente en el territorio de un Estado por las autoridades públicas”.²⁵ Claramente existe una relación entre el principio de no expulsión y el principio de no devolución, pues algunas de las fuentes normativas son las mismas.

Como se ha señalado, en el sistema regional, la CADH en su artículo 22, específicamente en el párrafo 8, es posible desprender ambos principios de donde se establece una prohibición para los Estados partes en el derecho de circulación y de residencia, esto es que “[e]n ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. Este párrafo, el número 8 del artículo 22 de la CADH, al partir señalando que “en ningún caso” nos da la primera luz que estamos ante una norma de *ius cogens* al cumplirse los requisitos que se van agregando en su redacción, lo cual se desarrollará más adelante, siendo relevante para este capítulo lo referente a “ser expulsado o devuelto”.

La vulneración al derecho de libre circulación que establece este artículo, entre otras situaciones, se puede observar en el momento del ingreso, que tendría relación con la aplicación del principio de no devolución y, por otro lado, al momento de expulsar debiendo aplicarse el principio de no expulsión. Hablamos de principios, puesto que para “Definir una política migratoria implica la estructuración de principios y derechos que promuevan y protejan los derechos de los migrantes en el territorio nacional”²⁶ siendo uno el de no expulsión, que se basa en la garantía de los derechos fundamentales (DDFF) dejando en el pasado normas basadas en la persecución del enemigo extranjero.

Como estos principios, de no devolución y no expulsión, son un límite que establece el DIDH a la facultad soberana de los Estados para limitar el derecho de libre circulación, es necesario realizar una aproximación a lo que es el derecho a la circulación y los límites que pueden establecer los Estados a este derecho, considerando la atenuación a esta facultad provocada por los DDHH.

1.1.1. El derecho a la libertad de circulación

Su regulación se encuentra en diversos instrumentos internacionales universales y regionales. Por una parte, en el Sistema Universal de DDHH: La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 13, establece que “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. En el mismo sentido, pero de manera más específica el PIDCyP señala, en su artículo 12, “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio [...]”. El pacto fija otras reglas que se traducen en eventuales limitaciones a este derecho de libre circulación. Continúa el Pacto

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 267.

²⁶ Donaire y Cubides (2013), p. 90.

estableciendo que “[...] 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente pacto.”

Al respecto, el Comité de DDHH, en su Observación General (OG) N° 27, señala “[e]l párrafo 3 del artículo 12 prevé circunstancias excepcionales en que los derechos que confieren los párrafos 1 y 2 pueden restringirse. La disposición autoriza al Estado a restringir esos derechos sólo para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades de terceros. Para ser permisibles, las restricciones deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines mencionados y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el Pacto”.²⁷

En lo que respecta a la formulación de las leyes, el Comité de DDHH recomienda que los Estados “[...] deben guiarse por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho; no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación”²⁸ quedando de manifiesto que es posible limitar el derecho de libre circulación, por tanto es lícito expulsar, pero se debe tener el debido cuidado al momento de legislar la limitación, pues debe realizarse conforme al DIDH.

Es relevante hacer la distinción y relación que existe entre el derecho de circulación y el DIDH. Si bien el primero se encuentra dentro del segundo, hay que reiterar que los Estados son soberanos de establecer sus propias políticas migratorias. Es por ello que hay que señalar que “el principio fundacional del [DIDH] es que los [DDHH] no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana”²⁹ teniendo como principal fundamento la dignidad humana, sobre la cual tenemos la certeza que su respeto está garantizado por el DIDH.³⁰

Por otra parte, en el Sistema Regional de DDHH, la CADH, en su artículo 22, establece el derecho de circulación y residencia “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio [...]”. En sus numerales siguiente establece limitaciones al derecho de libre circulación, “[...] 3. El ejercicio de los derechos anteriores no pueden ser restringidos sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la

²⁷ Comité de Derechos Humanos (1999), Observación General Número 27, párr.11.

²⁸ *Ibíd.*, párr. 13.

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), párr. 80.

³⁰ Comisión de Derecho Internacional (2006), párr. 23.

moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público [...]”.

Sobre esta disposición, la CIDH ha señalado que, citando al Tribunal Europeo de DDHH, *“los Estados miembros, como cuestión de derecho internacional claramente establecida, tienen derecho a controlar el ingreso, residencia y expulsión de extranjeros. Sin embargo, en el ejercicio de este derecho a expulsar a extranjeros, los Estados miembro deben tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas”*.³¹ La CIDH aclara que existe limitación sobre la facultad de los Estados para expulsar a migrantes.

Por su parte, la Corte IDH, considera que *“la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”*³², y coincide con la OG 21 del Comité de DDHH en el sentido que el derecho de circulación y de residencia consiste en *“a) el derecho de quienes se encuentran legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia, y b) el derecho de una persona a ingresar a su país y permanecer en él.”*³³

Asimismo, la Corte IDH, ha sido bastante clara en señalar que deben existir garantías para asegurar que los actos de las autoridades no violen los derechos de las personas, siendo necesario para ello que las limitaciones a los derechos se haga por una ley del poder legislativo y de acuerdo con la Constitución,³⁴ lo que evidentemente hace referencia a que los DDHH sólo pueden ser limitados por ley.

1.1.2. Límite de los límites al derecho de libre circulación

El principio de no expulsión es un elemento que actúa como limitación de la facultad de los Estados, debiendo estos respetar en todo momento los derechos inherentes de todas las personas al momento de expulsarlas de sus territorios. En este contexto, los principios de no devolución y de no expulsión son un límite a la limitación hecha al derecho de libre circulación. Aguiar define el límite de los límites como el *“conjunto de institutos que en cuanto a requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia.”*³⁵ En el mismo sentido, la Constitución en su artículo 5 se refiere a la soberanía, la cual reside esencialmente en la nación. Pero el ejercicio de la soberanía, como señala el inciso segundo del mismo artículo, reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber de los órganos del

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Andrea Mortlock Vs Estados Unidos, de 25 de julio de 2008, párr. 78.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala, de 28 de agosto de 2014, Párr. 165.

³³ *Ibíd.*

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, de 30 de enero de 2014, párr. 133.

³⁵ Aguiar (1993), p. 25.

Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es así que el legislador, al limitar el derecho de circulación, lo debe realizar conforme a los tratados sobre DDHH. Lo mismo ocurre al aplicar una ley limitadora de DDFF, se debe interpretar con el criterio de interpretación conforme a la constitución y los tratados internacionales sobre DDHH, estando dentro de esta esfera los principios de no devolución y de no expulsión.

En definitiva, ambos principios tienen un mismo origen y efectos similares, la gran diferencia se da en el estatus de la persona que le beneficia determinado principio. El principio de no devolución es aplicado en el contexto de los refugiados y el de no expulsión se aplica a las personas migrantes en general. Existe cierta confusión, incluso invisibilización del principio de no expulsión, pero de las distintas interpretaciones que han realizado los organismos internacionales, se puede concluir que el principio de no expulsión tiene plena vigencia, pese a que en la mayoría de los casos en que se hace alusión a él se le denomine de igual forma como “no devolución”, siendo completamente autónomo el uno del otro.

1.2. Diferencias en la situación migratoria de las personas y el reconocimiento de sus derechos

Es claro que *las migraciones internacionales se seguirán incrementando*,³⁶ esa es la tendencia que unos consideran favorable y para otros que hay que evitar, argumentando estas últimas con “[...] teorías de la “seguridad nacional” a la defensa de los mercados de trabajo o la “amenaza cultural” que implicaría la presencia de los extranjeros con sus creencias, hábitos y costumbres”,³⁷ pero no toda la migración es igual, “la mayoría de los países no tienen sólo una clase de inmigración, como la de tipo laboral, de refugiados o de quienes se establecen en forma permanente; sino que presentan al mismo tiempo toda una gama. Es característico de las cadenas migratorias que se inician con un tipo de movimiento y frecuentemente continúan en otras formas, a pesar de los esfuerzos del gobierno por detener o controlar el movimiento”,³⁸ de lo cual Chile, actualmente, es un ejemplo. Respecto a las causas de la migración irregular, la que a su vez es fuente mayoritaria de la sanción de expulsión, se puede provocar por la propia regulación nacional; contradicciones de la globalización neoliberal; la agencia individual y colectiva de los migrantes; las actividades de la “industria de la migración y la vulnerabilidad del grupo específico.”³⁹

Chile está siendo un lugar de destino atractivo para cumplir con los proyectos migratorios que se proponen los futuros migrantes. Esto ha provocado la necesidad de iniciar una discusión informada respecto de los procesos migratorios, abordando sus causas estructurales, motivos, efectos en el país de origen y de destino

³⁶ Mármora (2009), p. 34.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Castles y Miller (2004), p. 20.

³⁹ Castles (2010), p. 53.

y en las propias comunidades de migrantes.⁴⁰ Existe la necesidad que se considere cada uno de los aspectos individuales de los migrantes que, eventualmente, pueden ser objeto de la sanción de expulsión.

La ley de extranjería de Chile es del año 1976, previa a la ratificación de la CADH, teniendo una clara tendencia policial y defensa soberana, considerando al extranjero como una amenaza,⁴¹ no contemplando muchos derechos ni considerando, en casos de expulsión, los DDHH y creada en la lógica de incentivar una migración selectiva.⁴² El Decreto Ley 1.094 o Ley de Extranjería (DL) es un claro reflejo del efecto que provoca las políticas restrictivas en materia migratoria para evitar un proceso que entendemos como natural e histórico. Se genera como sociedad un destino a la irregularidad de las personas por sólo realizar un acto natural, incluso al nivel de catalogarlo como un delito.⁴³

En ese contexto, hay que dejar claro que no es posible establecer diferencias entre las personas, no existen personas de primera o segunda categoría cuando hablamos de DDHH. Los DDHH son un mínimo estándar que los Estados deben resguardar y garantizar, en igualdad de condiciones, lo cual responde a un imperativo de justicia para quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad. La aplicación de estándares de DDHH a los grupos vulnerables no es arbitraria, sino que va en la debida protección que los Estados deben dar.⁴⁴ La Corte IDH ha establecido que *“en el ámbito del derecho internacional se han desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen, en procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, un apego estricto a las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica o estatus migratorios del migrante”*.⁴⁵ Es así que el respeto del principio de no expulsión es necesario para evitar vulneración de derechos en los países de destino.

1.2.1. Situaciones migratorias

La ClsPDTMyF señala que, artículo 5, letra a), los trabajadores migratorios y sus familiares *“[s]erán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”*, por su parte, en el literal b) *“[s]erán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a de este artículo”*. Es decir, lo que hace la diferencia entre ambas situaciones, según esta Convención, es el cumplimiento de las

⁴⁰ Tijoux y Palominos (2015), p. 262.

⁴¹ Arriagada y Rochow (2015), p. 194.

⁴² Nash (2018), p. 224.

⁴³ Castles (1997), párr. 13 y Esponda (2018), p. 81.

⁴⁴ Thayer (2016), p. 2.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013, párr. 129.

leyes y acuerdos internacionales en que el Estado es parte.

La ClsPDTMyF contiene el título “*Derechos Humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*”, por lo que no hace distinción entre migrantes regulares o irregulares en cuanto a los derechos ahí regulados. Por otro lado, considerando la distinción entre migrantes en situación regular y en situación irregular del párrafo anterior, el artículo 56 de la misma Convención señala “1. Los trabajadores migratorios y sus familiares a los que se refiere la presente parte de la Convención⁴⁶ no podrán ser expulsados de un Estado de empleo salvo por razones definidas en la legislación nacional de ese Estado y con sujeción a las salvaguardias establecidas en la parte III.⁴⁷ 2. No se podrá recurrir a la expulsión como medio de privar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo. 3. Al considerar si se va a expulsar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo.” En esta parte la ClsPDTMyF se refiere a la expulsión para los casos de trabajadores migratorios en situación regular, es decir, distingue y reconoce la diferencia del estatus migratorio de conformidad al derecho interno, permitiendo dar la claridad de aplicabilidad del Título III a todos los migrantes, en situación regular o irregular.

En cuanto a la condición o situación migratoria, se puede señalar que, “*corresponde al estatus que se le reconoce a una persona migrante, en virtud del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación interna del Estado receptor, de tránsito o de origen. De esta forma, la condición migratoria puede ser regular, vinculada a la observancia de las exigencias de ingreso; o irregular, cuando la entrada al territorio ha ocurrido al margen de las normas o cuando no se han efectuado los trámites para optar o renovar la residencia temporaria en un país, o bien cuando habiéndose optado o solicitado un visado ha sido rechazado y continúa residiendo en el país*”.⁴⁸

El Comité de DDHH ha señalado que “*La cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado.*”⁴⁹ Desde un punto de vista jurídico, esto no lo contradecemos, es claro que los Estados son soberanos de regular en su derecho interno el derecho migratorio que les regirá,⁵⁰ pero siempre considerando el DIDH,⁵¹ el cual establece estándares que deben ser resguardados por los Estados en sus derechos inter-

⁴⁶ Trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular.

⁴⁷ Parte III. Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

⁴⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018), p. 61.

⁴⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N°15, de 11 de abril de 1986, párr. 4.

⁵⁰ Canosa (2018), p. 269; Pérez (2016), p. 458.

⁵¹ Comisión de Derecho Internacional (2005), párr. 16.

nos. Al respecto, el TC ha sostenido que “[e]l [PIDCyP] no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de las familias”⁵² siendo precisamente casos del principio de no expulsión.

Castles entiende que “[l]a migración irregular se da cuando una persona ingresa a, o vive en, un país del cual no es ciudadano o ciudadana, violando sus leyes y regulaciones de inmigración”.⁵³ Castles nos explica que “muchos de los migrantes irregulares son trabajadores, pero no todos ingresan en el mercado de trabajo: la gente que migra para unirse a miembros de su familia o por razones de estilo de vida puede convertirse en irregular”.⁵⁴ Esto es importante a la hora de hablar de la irregularidad, pues, como se dijo previamente, esta Convención hace referencia a los trabajadores migratorios, pero no sólo ellos pueden estar en situación regular o irregular, es más preciso lo que señala Castles, pues la irregularidad le puede afectar a cualquier persona que no sea nacional, incluso se puede ingresar de manera regular y, por diferentes causas, poder caer en irregularidad.

1.2.2. Derechos de los migrantes en situación irregular

Es lógico señalar que, al ser personas, se encuentran dotados de derechos, por ejemplo, la jurisprudencia interamericana sostiene que “los procedimientos migratorios deben desarrollarse conforme a las garantías del debido proceso, independientemente de que se trate de migrantes en situación regular o irregular”.⁵⁵ El DIDH ha impuesto un conjunto de obligaciones que se deben respetar en la toma de decisiones sobre la situación de un migrante o, de dicho de otra forma, sobre el estatuto de derechos que debe serle garantizados.⁵⁶ Entonces nos podemos realizar preguntas de si al estar calificado en situación irregular -en ocasiones, mal llamado, ilegal- ¿se pueden limitar sus derechos? Miguel Carbonell plantea que si la respuesta es negativa nos podemos hacer otras preguntas: ¿una persona que se encuentre de manera irregular en el territorio de un país que no es el suyo que derechos tiene? se pueden restringir algunos de sus derechos, pero no otros, ¿en qué casos se puede limitar y en cuáles no?⁵⁷ Se puede considerar que es una pregunta, incluso, discriminatoria, ¿Por qué nos preguntamos si una persona goza de derechos? La respuesta debiese ser clara, pero no lo es, el estatus irregular de una persona la posicionaría en el lugar donde los DDHH pueden ser limitados, por ser ésta una facultad soberana de los Estados, pero la precisión que

⁵² Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 2273-12-INA; de 4 de julio de 2013; Considerando 11°.

⁵³ Castles (2010), p. 51.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), p. 14 y Gil (2019), p. 204.

⁵⁶ Pérez (2016), p. 458.

⁵⁷ Carbonell (2011), p. 65.

hay que hacer es determinar hasta donde llega esa limitación, y es en la aplicación de otros derechos que entendemos como inviolables, ya sea por estar vulnerándose o bien por existir motivos serios de un riesgo que podrían ser violados. Al respecto el Comité de DDHH se pronunció indicando que “[u]n Estado puede imponer condiciones generales a un extranjero que se halle en tránsito. No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto”.⁵⁸ Esto es en el sentido de resguardar el derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación. Continúa el Comité señalando que “[t]oda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia. [...] Una vez que una persona se encuentra legalmente dentro de un Estado, todas las restricciones a sus derechos garantizados por los párrafos 1 y 2 del artículo 12, así como todo trato diferente del dado a los nacionales, deberán justificarse en virtud de las normas establecidas en el párrafo 3 del artículo 12 [...]”.⁵⁹ Es evidente que una persona, por el sólo hecho de serlo, tiene derechos. Estamos dentro de una esfera en que se deben resguardar, garantizar y aplicar sus derechos, pues estos deben ser reconocidos para todos, no pueden estar supeditados a un estatus legal. Los migrantes en situación irregular se encuentran expuestos a un riesgo de sufrir vulneraciones de DDHH,⁶⁰ es por ello que se les debe dar una especial atención.

Esta es la esfera donde se ubica el principio de no expulsión. Si bien una persona puede estar dentro de las causales de expulsión establecidas por el derecho interno, hay situaciones en que no procede aplicar la sanción por ser demasiado gravosa para el migrante. Es cierto que la CADH se refiere a los migrantes que se encuentren “legalmente” dentro del territorio de un Estado, pero la jurisprudencia evidenció que también se aplica en favor de personas en situación irregular.⁶¹

El Tribunal Constitucional (TC) de Chile ha sostenido que se “[...] deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización [...]”⁶² sin referirse para los casos de migrantes irregulares. Termina ese considerando estableciendo que “[...] el propio artículo 19 N°7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona.”⁶³ No obstante, el mismo considerando parte señalando que no se debe diferenciar entre extranjeros, siendo esto lo que debe primar antes de lo señalado precedentemente, es decir, la primera parte del considerando es muy asertivo al señalar que en el ejercicio de las facultades estatales no se puede discriminar entre ex-

⁵⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General N°15, de 11 de abril de 1986, párr. 6.

⁵⁹ *Ibíd.* párr. 4.

⁶⁰ Lagos y Lawson (2015), p. 291.

⁶¹ Arlettaz (2018), p. 301; Pérez (2012), p. 8; Uprimny y Sánchez (2014), p. 549.

⁶² Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 2273-12-INA; de 4 de julio de 2013; quincuagésimo.

⁶³ *Ibíd.*

tranjeros, se debe tener en cuenta las relaciones de familia y el principio de reagrupación familiar, las persecuciones políticas, cuando esté en riesgo la vida y la integridad física y psíquica de la persona.⁶⁴ Además se debe considerar que las obligaciones consuetudinarias del Estado, se aplican a todos sin distinción de nacionalidad,⁶⁵ incluso con el deber de proteger los DDHH reconocidos de los migrantes, independiente de su situación jurídica.⁶⁶ En consecuencia, el Estado está obligado a tratar a los migrantes en situación irregular de acuerdo a sus derechos mínimos que provienen de su calidad de persona y del principio de igualdad y no discriminación.⁶⁷

2. Fuentes del principio de no expulsión y de no devolución

Como ya se ha señalado, para determinar el principio de no expulsión es necesario recurrir a diversas fuentes del DIDH, bien sea del sistema universal, regional y también a fuentes nacionales. Para ello es necesario sistematizar las fuentes que tienen un carácter de vinculantes para el Estado, como aquellas que no siendo vinculantes, pueden serlo en determinadas situaciones. Lo anterior hace referencia a lo que se conoce como *hard law* y *soft law*.

2.1. Internacionales

Dentro de las fuentes internacionales del principio de no expulsión, encontramos las convenciones que rigen el sistema universal y el regional, contemplando también las que, sin ser vinculantes, pueden serlo en determinadas situaciones como las recomendaciones de los comités de Naciones Unidas (ONU) y la CIDH.

2.1.1. Hard Law

Por *Hard Law* se entiende que “*son de cumplimiento obligatorio y su inobservancia por parte de un Estado puede ser exigida por la comunidad internacional o regional en su caso, por la vía de solución de conflictos y pueden derivar en la declaración de responsabilidad internacional de éstos en caso de inobservancia*”.⁶⁸ Para este caso, es posible recurrir a instrumentos internacionales de origen regional y universal sobre DDHH.

2.1.1.1. Sistema Universal

El derecho de libre circulación, establecido en el DIDH, es fuente del principio de no expulsión. Es así que la DUDH, artículo 13, establece que “*1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio,*

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Comisión de Derecho Internacional (2005), párr. 23.

⁶⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 54/166, de 24 de febrero de 2000, párr. 4.

⁶⁷ Domínguez (2016), p. 192.

⁶⁸ Llugdar (2016), p. 8.

y a regresar a su país”, por otro lado, el artículo 14 señala “1. *En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país [...].*” Ambas disposiciones hacen alusión al derecho de libre circulación, el cual está relacionado con el derecho migratorio de manera general. Estas disposiciones, si bien no señalan expresamente que no se puede expulsar a las personas por algún motivo preestablecido, son el principio del desarrollo más específico del derecho humano a migrar. ¿Qué sentido tendría el derecho de poder circular libremente y a elegir residencia si no es cuando un acto de autoridad lo está negando o limitando? Lo mismo ocurre con el artículo 14, pues si bien trata sobre el asilo, se refiere a los casos de persecución, pero no especifica los motivos de persecución. Perfectamente una persona puede ser víctima de una persecución, independiente del motivo, en su país de origen, pudiendo solicitar este “asilo” en el país que se encuentra, o bien, el propio Estado ejecutar el principio de no expulsión por prevalecer el “asilo” en casos de persecución, se trata del asilo territorial haciendo uso de sus facultades soberanas.⁶⁹

Por otro lado, en el mismo sentido, el PIDCyP, artículo 12, establece el derecho de libre circulación para toda persona que se halle regularmente en el territorio, fijando sólo que se puede restringir este derecho por ley cuando sea necesario para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de terceros, siempre que sea compatible con los demás derechos del PIDCyP. Por su parte, el artículo 13, establece que “[e]l extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.” El PIDCyP tiene una regulación más cercana a lo que entendemos por principio de no expulsión, considerando que las personas que se hallen legalmente en el territorio de un Estado sólo podrán ser expulsadas de conformidad a la ley. Es una limitación a la facultad del Estado, que debe encontrarse en la ley. La segunda parte, del artículo 13, se refiere a la revisión del caso ante la autoridad competente, lo que se debe realizar conforme al derecho de acceso a la justicia, debiendo, necesariamente, analizar el caso de la persona que se pretende expulsar y, agregamos, tener en consideración el principio de no expulsión. No por ser extranjero, o por estar en situación irregular, se desconocerán los derechos del PIDCyP -y sin duda otros derechos reconocidos en el DIDH- y mucho menos las normas de *ius cogens*.

La ClsPDTMyF, artículo 22, trata la expulsión en el siguiente sentido “1. *Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.* 2. *Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la*

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, párr. 104.

autoridad competente conforme a la ley [...]” es decir, se establece la misma limitación que en el PIDCyP, cualquier expulsión debe ser conforme a lo establecido por el derecho interno. Resulta relevante que el examen individual lleva consigo la separación de los procesos administrativos o judiciales del trabajador migrantes y el de sus familiares, es decir, son tantos procesos como integrantes de la familia migratoria, pero que se debe considerar a todos en las decisiones que se adopte teniendo presente la unificación familiar. Continúa el artículo 22 con aspectos del derecho de acceso a la justicia que la Corte IDH ha sostenido que para los procesos administrativos de expulsión, se debe aplicar el derecho de acceso a la justicia, sin discriminación alguna.⁷⁰ “[...] 3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento. 4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión [...].” Llama la atención la excepcionalidad de no indicar los motivos de la decisión, lo que es fundamental para defender su derecho y aplicación del principio de no expulsión.

En la última parte del artículo 22 señala “[...] 7. Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen. [...] 9. La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden”. Esta última parte considera la posibilidad que la expulsión sea en un Estado que no sea el de origen, cuestión que comprende el principio de no expulsión, pues va dentro en su objeto, evitar la vulneración de otros DDHH por la decisión de la autoridad de expulsar, es decir, si en el país de origen, por ejemplo, existe un desplazamiento y riesgo para su vida o la de sus familiares, no puede pretender el Estado que la expulsión se materialice en ese país. Por otro lado, esta Convención, reconoce que la expulsión no menoscaba otros derechos adquiridos por el migrante, haciendo alusión a derechos laborales, los que no se ven afectados ni aun en caso de situación irregular.⁷¹ Este reconocimiento también debería considerar otros derechos, que no necesariamente adquiere por el derecho interno, sino que por ser persona.

2.1.1.2. Sistema Regional.

⁷⁰ Vargas y Lillo (2017), p. 362.

⁷¹ Ahumada y Schmidt (2005), p. 316.

Al igual que en el sistema universal, el principio de no expulsión encuentra como uno de sus fundamentos el derecho de libre circulación, por tanto, como hemos señalado, el artículo 22 numeral 8 de la CADH, establece la prohibición de expulsar o devolver a otro país, de origen o no, donde exista riesgo de violación al derecho a la vida o libertad persona por causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de opiniones políticas. La CADH señala casos en que no procede la expulsión, dando vigencia al principio de no expulsión, al menos en esos casos.

La Corte IDH se ha pronunciado sobre el derecho de libre circulación señalando que *“el derecho de circulación y de residencia, establecido en el artículo 22.1 de la Convención, es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. Dicho artículo contempla, inter alia, el derecho de éstos de ingresar, permanecer y salir del territorio del Estado sin interferencia ilegal. Así, el disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Asimismo, la Corte ha considerado que el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones, ni provisto los medios que permiten ejercerlo. En ese sentido, el derecho de circulación y de residencia puede resultar afectado cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales”*.⁷² El no proveer de garantías a quién es víctima de amenazas u hostigamientos, vulnera este derecho, por tanto, si hay amenazas y hostigamientos en contra de migrantes que podrían ser expulsados, el Estado debe proveer de garantías necesarias para que no ocurra, siendo una de estas, por ejemplo, la no expulsión.

Como se ha señalado, el principio de no devolución no es lo mismo que el de no expulsión. Considerando lo anterior, la Corte IDH ha señalado que, *“[...] la devolución, como concepto autónomo y englobante, puede abarcar diversas conductas estatales que impliquen poner a la persona en manos de un Estado en donde su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los [DDHH], entre otros, así como donde corra riesgo de ser sometida a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviada a uno en el cual pueda correr dichos riesgos (devolución indirecta). Tales conductas incluyen, entre otras, la deportación, la expulsión o la extradición, pero también el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o “entrega”. Esta afirmación se asienta en la propia redacción del artículo 22.8 de la [CADH], que establece que “en ningún caso” el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, es decir, que no tiene condiciones territoriales sino que puede incluir el traslado o la remoción de una persona entre jurisdicciones.”*⁷³ Con esta interpretación, aparte de afirmar que el

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Manuel Cepeda Vargas v/s Colombia, de 26 de mayo de 2010, párr. 197.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, párr. 190.

principio de no expulsión es diferente al de no devolución, se puede señalar que para los casos específicos en que procede la no devolución, la Corte IDH estima que también procede para los casos de expulsión, realizando una expansión interpretativa para casos que no son del contexto de refugio, siendo aplicado en el ámbito del DIDH, incluso teniendo un carácter absoluto y, a diferencia de la CsER, no admite motivo de exclusión de peligro para la seguridad o amenaza a la comunidad para el país.⁷⁴ Así es posible distinguir el alcance de la CADH, que beneficia a todo migrante respecto del regulado por la CsER que se limita sólo a personas refugiadas. El principio de no expulsión se aplica a más personas, como aquellas que no cumplen con los requisitos del refugio, que no son reconocidas como tales o que se encuentran en causales de exclusión, las que no corren riesgos en su país de origen pero si un peligro en un tercer país,⁷⁵ como también la protección de la expulsión indirecta,⁷⁶ es decir, todo migrante en situación regular o irregular.

2.1.2. Soft law

Por su parte, por *soft law* se entiende que son *“aquellos instrumentos, interpretaciones, decisiones o recomendaciones que dictan órganos con competencia para hacerlo, que no son vinculantes en cuanto a la obligatoriedad de su cumplimiento, pero no por ello, carentes de efectos jurídico o de cierta relevancia jurídica.”*⁷⁷ Estos instrumentos permiten dilucidar los aspectos oscuros de las convenciones y realizar diálogos entre los sistemas de DDHH, como las disposiciones que han adoptado en Europa respecto a expulsión y migraciones.

2.1.2.1. Sistema Universal

El Comité de DDHH se ha pronunciado respecto a derechos de los migrantes, señalando que *“[...] en algunos países se niegan a los extranjeros otros derechos de los cuales deberían disfrutar, o que dichos derechos son objeto de limitaciones especiales que no siempre pueden justificarse con arreglo al Pacto”*.⁷⁸ Hace referencia a la limitación de la restricción del derecho de circulación, pero se debe tener cuidado, pues al establecer el derecho interno en materia de libre circulación, se puede estar limitando derechos que deben ser reconocidos a toda persona. Las limitaciones de los derechos deben ser conforme al DIDH y, agregamos, no pueden limitar al punto de restringir el principio de no expulsión.

Continúa el Comité de DDHH considerando que, *“[...] el Pacto otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y sus disposiciones deben ser respetadas por los Estados Partes en su legislación y en la práctica, según proceda. De este modo, la situación de los extranjeros mejorará considerablemente. Los Estados Partes deben velar por que se den a conocer a*

⁷⁴ Arenas-Hidalgo (2017), p. 191.

⁷⁵ Beloff (2014), p. 498.

⁷⁶ Gil (2019), p. 206.

⁷⁷ Llugdar (2016): p. 8

⁷⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General N°15, de 11 de abril de 1986, párr. 2.

*los extranjeros que se hallen dentro de su jurisdicción las disposiciones del Pacto y los derechos reconocidos en éste.*⁷⁹ Es decir, el Comité reconoce que, tanto nacionales como extranjeros, gozan de todos los derechos reconocidos en el PIDCyP, no sólo en la legislación, sino que además en la práctica. No basta con la redacción, sino que además se debe aplicar y, en caso de falta de regulación o una regulación contraria al Pacto, se debe interpretar conforme a él.

Por otro lado, en el Sistema Europeo se estableció, mediante la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo,⁸⁰ el Estatuto de Protección Subsidiaria, el cual consiste en que *“un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresare a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves [como la condena a la pena de muerte o su ejecución; tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes en su país de origen; o amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno], y al que no se aplica [exclusiones como haber cometido un delito contra la paz, delito de guerra o delito contra la humanidad; delito grave; ser culpable de actos contrarios a las finalidades y principios de la ONU del preámbulo y artículo 1 y 2 de la Carta de Naciones Unidas; constituyen peligro para la comunidad o para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentran], y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país”*.

2.1.2.2. Sistema Regional

La CIDH ha afirmado que se debe garantizar la integridad física y mental de las personas, lo cual va directamente en el sentido de la eventual exposición que la decisión de la autoridad puede provocar en la persona al ser expulsada, o bien, a quienes deja en el Estado receptor. En este sentido ha señalado que *“la protección del derecho a la vida familiar y el interés superior del niño requieren de los Estados la realización de un balance entre el ejercicio de las potestades antes mencionadas con el derecho a respetar y proteger la vida familiar, en particular en las situaciones en que los procedimientos de expulsión o deportación pueden representar una injerencia arbitraria al respeto de la vida familiar y al interés superior del niño. En cualquier procedimiento que acarree la consecuencia de separación familiar, debe ser eminentemente excepcional”*.⁸¹ Por tanto, pese a existir el cumplimiento de las causales de expulsión establecidas en el derecho interno, sin necesidad que exista un riesgo para la vida propiamente tal para una persona, también hay que considerar el contexto familiar de las personas, considerando el mejor interés del niño en los procesos de expulsión.⁸² La CIDH es un órgano que

⁷⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N°15, de 11 de abril de 1986, párr. 4.

⁸⁰ <https://web.icam.es/bucket/DIRECTIVA%2095%202011%20CALIFICACION%20L00009-00026.pdf>

⁸¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), párr. 346.

⁸² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros

reconoce el principio de no expulsión mediante los instrumentos que desarrolla.

2.2. Fuentes Nacionales

Ya hemos señalado que cualquier limitación que se realice al derecho a la libre circulación debe ser por ley, lo cual considera la expulsión, por tanto, los Estados pueden reglar los procesos de expulsión, siempre que esta regulación sea conforme y reguardando los DDHH. En el caso de la regulación en Chile, la Constitución, en su artículo 19 N°7, asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, en consecuencia, *“Toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros [...]”*. Asimismo, al igual que el DIDH, la Constitución, en su artículo 19 N° 26, establece que cualquier limitación a DDFF no puede afectar a los derechos en su esencia.

A nivel legislativo encontramos el DL que Establece Normas sobre Extranjería, la cual ha sido objeto de críticas desde distintos puntos de vista, como que es demasiado permisivo, como también que es demasiado restrictiva. Tiene un control migratorio con carácter autoritario, guarda similitudes con dispositivo de lucha antiterrorista y contra la criminalidad internacionales, políticas incorporadas por gobiernos occidentales de la década de 1990 y luego de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001,⁸³ lo cual encasillaría a la normativa nacional sobre migración en un territorio de restricción de derechos.

También es parte de la regulación migratoria el Decreto Supremo N°597, de 24 de noviembre de 1983, el cual es el reglamento de extranjería, como también variados oficios, circulares, decretos y resoluciones que se complementan.⁸⁴

A criterio de Domínguez, estas normas no constituyen una política migratoria coherente, sino que es una regulación improvisada.⁸⁵ Por su parte, Caucoto, Möller y Godoy consideran que la política migratoria busca la expulsión masiva,⁸⁶ lo cual, de ser cierto, está prohibido por los tratados internacionales.

A grandes rasgos, el derecho interno sobre migraciones en Chile utiliza un sistema de infracciones con causales amplias y sin graduaciones en sus sanciones, quedando a la completa interpretación de la autoridad migratoria, no hay audiencias en que se escuche al afectado y los recursos no son suficientes, existiendo una evidente infracción al derecho de acceso a la justicia.⁸⁷ Esto es reflejo de la problemática de ser una normativa pre convencional, sin un reguardo mínimo de los DDHH, salvo ciertas excepciones, pero definitivamente es insuficiente para abor-

Vs. Estados Unidos, de 12 de julio de 2010, párr. 56; Gil (2019), p. 204.

⁸³ Domínguez (2016), p. 195.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ Caucoto *et Al.* (2013), p. 81.

⁸⁷ Torrealba (2013), p. 13.

dar la migración con una perspectiva de DDHH.⁸⁸

En lo que respecta a la regulación de la expulsión propiamente tal, el derecho interno regula casos en que la autoridad migratoria debe, o puede, aplicar la sanción. En el artículo 1 del DL establece que “*el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros se regirán por el presente [DL].*” Asimismo, el Reglamento de Extranjería contempla otros casos en que la autoridad migratoria debe, o puede, expulsar a migrantes. Por tanto, se expulsará al/los extranjero/s que:

- Hayan ingresado al país no obstante encontrarse comprendido en alguna de las prohibiciones del artículo 15⁸⁹ del DL o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del mismo artículo. (Artículo 17 del DL).
- No cumpla con órdenes de abandono voluntario. (Artículo 67 del DL).
- Ingresen al país o intenten egresar de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia. (Artículo 68 del DL).⁹⁰
- Ingresen al país o intenten egresar de él [irregularmente]. La expulsión se aplica

⁸⁸ Nash (2018), p. 225.

⁸⁹ Artículo 15.- Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros:

- 1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado;
- 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres;
- 3.- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos;
- 4.- Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social;
- 5.- Los que sufran enfermedades respecto de las cuales la autoridad sanitaria chilena determine que constituyen causal de impedimento para ingresar al territorio nacional;
- 6.- Los que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto;
- 7.- Los que no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en este [DL] y su reglamento, sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 4 del artículo siguiente y en los artículos 35 y 83, y
- 8.- Los que habiendo incurrido en la comisión de los delitos tipificados en el inciso primero del artículo 68 y en el artículo 69, y a su respecto hubieren prescrito las acciones penales o las penas correspondientes, en su caso, encontrándose fuera del territorio nacional.

⁹⁰ En este caso, la expulsión resulta ser una sanción accesoria, pues es un tipo penal, el cual es sancionado con presidio menor en su grado máximo.

una vez cumplida la pena impuesta.⁹¹ (Artículo 69 del DL).⁹²

- Continúen residiendo en el país después de haberse vencido los plazos de residencia legal. (Artículo 71 del DL).⁹³
- Durante su permanencia en el país no dieran cumplimiento oportuno a la obligación de registrarse, obtener cédula de identidad, comunicar a la autoridad el cambio de domicilio o de actividades. (Artículo 72 del DL).⁹⁴
- Se estableciere que ha existido simulación o fraude en la celebración de contratos de trabajo para que se le otorgue visación. (Artículo 75 del DL).
- Sea sancionado con multa y no la pague dentro de 15 días hábiles, contados desde que la resolución respectiva haya quedado firme. (Artículo 80 del DL).
- Eluda las medidas de control y traslado del artículo 81 y 82 del DL.⁹⁵
- Sean tripulantes de empresas mercantes o que se dediquen al transporte inter-

⁹¹ Si el ingreso es por lugares no habilitados la pena es de presidio menor en su grado máximo. En el caso de ingreso por lugares no habilitados, es de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si ingresan existiendo prohibición para hacerlo, la pena es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

⁹² Al respecto, existe una descoordinación entre los tribunales penales y la autoridad migratoria. Por ejemplo, ante una hipótesis de ingreso clandestino al país, las intendencias regionales generalmente ordenan la expulsión inmediata sin esperar persecución penal alguna ni dar por acreditada la culpabilidad en el hecho. Arriagada y Rochow (2015), p. 194.

⁹³ Esta sanción es discrecional para la autoridad, pudiendo ordenar el abandono obligado del país o la expulsión. Asimismo, lleva consigo una multa de 1 a 20 sueldos vitales.

⁹⁴ Esta sanción es discrecional para la autoridad, pudiendo ordenar el abandono del país o la expulsión en casos de infracciones graves o reiteradas a las disposiciones del DL. Asimismo, lleva consigo una multa de 1 a 20 sueldos vitales.

⁹⁵ *“Artículo 81.- Los extranjeros que ingresaren al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en el presente [DL] y, no observaren sus prohibiciones o continuaren permaneciendo en Chile no obstante haberse vencido sus respectivos permisos, serán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habitado del territorio de la República, mientras se regulariza su estada o se dispone la aplicación de las sanciones correspondientes.”*

“Artículo 82.- Las medidas de control serán adoptadas por la autoridad policial que sorprenda la infracción, la que pondrá los antecedentes en conocimiento del Ministerio del Interior, por conducto de la Dirección General de Investigaciones, a fin de que se apliquen al infractor las sanciones que correspondan.

La autoridad señalada en el artículo 10 [Dirección General de Investigaciones] que sorprenda al infractor, procederá a tomarle la declaración pertinente y a retirarle los documentos que correspondan. Asimismo, le señalará una localidad de permanencia obligada, por el lapso que se estime necesario y le fijará la obligación de comparecer periódicamente a una determinada unidad policial.

La circunstancia de eludir estas medidas de control y traslado, será causal suficiente para expulsar del país al infractor.”

Ambas disposiciones contienen serias contravenciones a derechos como la libre circulación, acceso a la justicia, privación de documentos de identificación, incluso estableciendo la expulsión como sanción.

nacional de pasajeros, que deserten de sus medios de transporte y no reúnan los requisitos para ser considerados turistas. (Artículo 85 del DL).

- Infrinja las prohibiciones del N° 6 del artículo 15 del DL.⁹⁶ (Artículo 87 del DL).
- Sin contar con la competente autorización, fuese sorprendido desarrollando actividades remuneradas, y de considerarse grave o reiterada, podrá disponerse el abandono obligado del país o la expulsión. (Artículo 149, inciso final, en relación con el artículo 147, ambos del Reglamento).

Para el caso de los asilados políticos o refugiados, es causal suficiente para revocar la visa y disponer la expulsión cuando realicen actividades que, en forma directa o indirecta, puedan significar una acción contraria al Gobierno de su país, establecida en el artículo 62 del Reglamento.

Los requisitos del acto administrativo propiamente tal están en el artículo 84 del DL, esto es que debe ser por decreto supremo, fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales procedentes.

El Reglamento, en el artículo 78, inciso cuarto, permite que aquellos extranjeros que permanecen “ilegalmente” en el país, puedan cambiar esta condición por la de residente en alguna de las calidades contempladas. La condición es que se les hayan impuesto una sanción administrativa que no sea la de expulsión. Es decir, esto no permite cambiar la situación de irregularidad para los casos en que se ha impuesto la sanción de expulsión, por lo que deja totalmente fuera la posibilidad de revisar los casos en que procede la no expulsión.

Teniendo presente lo anterior, las atribuciones que le corresponden al Ministerio del Interior, por disposición del artículo 13 del DL, son ejercidas discrecionalmente según la conveniencia o utilidad que reporte la concesión de residencia, la reciprocidad internacional, según lo informe la Dirección General de Investigaciones. Sobre estas facultades discrecionales se ha pronunciado el TC en el fallo 2273, las cuales *“están enmarcadas dentro de unos límites materiales que proviene tanto de la Constitución como del derecho internacional y, en especial, del [DIDH].”*⁹⁷ Haciendo referencia a la limitación de la facultad de la autoridad migratoria, donde también se encuentra el principio de no expulsión. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado que *“la discrecionalidad es una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen de libertad para decidir de una manera u otra, sin que su actuar se encuentre determinado previamente por una regla contenido en una norma jurídica. No obstante ello, la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los DDFF de alguna persona”*.⁹⁸

Considerando lo anterior, el DL ya contemplaba la prohibición de expulsión en ciertos casos, en su artículo 39 -sin perjuicio que la ley 20.430 derogó todo lo refe-

⁹⁶ 6.- Los que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto.

⁹⁷ Vial (2014), p. 240.

⁹⁸ Corte Suprema, Rol N° 11.521-2014, de 12 de junio de 2014, considerando 5°.

rente a refugiados en el DL- establecía que “[u]n refugiado o asilado político no podrá ser expulsado hacia el país donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinados grupos sociales u opiniones políticas”. La ley 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados, tiene como principio que “no procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución [...] de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligren”. Vemos que contempla el peligro en la seguridad de la persona o que existieren razones fundadas para creer que podría ser sometida a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, incluso esta ley hace una distinción al establecer la excepcionalidad de la expulsión para los refugiados o solicitantes de tal condición, siendo procedentes cuando razones de seguridad nacional o de orden público así lo justifiquen. Por tanto, es posible observar la regulación expresa, para ciertos y determinados casos, en que la expulsión no procede, estos son coincidentes con la CADH, la diferencia se da en que procedería sólo para refugiados o asilados.

A nivel jurisprudencial en Chile “se han establecido diversos tipos de perjuicios generados por la expulsión: el daño que hemos calificado de estrictamente familiar, concretado en la lesión directa a la familia, al producirse la disgregación de ésta, el perjuicio patrimonial consistente en la pérdida de la principal fuente de ingresos del inmigrante y, en consecuencia, de su núcleo familiar, y en un caso se ha reconocido un tercer daño no familiar ni patrimonial, el que alude a la pérdida de las relaciones de amistad que el inmigrante ha constituido en Chile”.⁹⁹ Estos son sólo algunos ejemplos en que operó el principio de no expulsión.

En el fallo 2273, el TC considera los estándares de derechos emanados del *corpus iuris interamericano* en su control de convencionalidad, reconociendo que existe un nuevo estándar establecido por el DIDH,¹⁰⁰ no discriminando entre extranjeros, considerando las relaciones familiares y, en especial, el principio de reagrupación familiar, atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y psíquica del extranjero, reconociendo los derechos constitucionales de los migrantes que hayan ingresado regularmente o estén en fase de regularización.

Cabe destacar que, “en este caso, el estándar se construye en base a tratados de [DDHH], declaraciones de [DDHH] y [OG] del Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, siendo tales normativas y [OG], las que integran el estándar para evaluar las leyes internas consideradas inconstitucionales e inconventionales, en otras palabras, ellas son parte del parámetro de control que utiliza el [TC].”¹⁰¹ Esto es fundamental, debemos reconocer que no es fácil dilucidar de las disposiciones internacionales el principio de no expulsión, por lo mismo, es difícil comprender por qué debe ser aplicado. Los estándares en esta materia se deben recoger en todo el DIDH debido que es fruto de la interpretación sistemática y ar-

⁹⁹ Mondaca (2017), p. 588.

¹⁰⁰ Nogueira (2018), p. 72.

¹⁰¹ *Ibíd.*

mónica de todos los DDHH. Es así que el principio de no expulsión se encuentra reconocido positivamente en el DIDH, como también la norma de reenvío del artículo 5, inciso segundo, que permite incorporar al derecho interno este principio. Ahora bien, no sólo la normativa positiva es suficiente para tener por vigente el principio de no expulsión, resulta necesario recurrir a todas las fuentes del DIDH.

3. Principio de no expulsión como límite a la facultad de expulsión

La facultad soberana de los Estados se traduce en la regulación, en el derecho interno, del derecho de circulación, lo cual contempla la facultad de expulsión. Al ser la norma migratoria un límite a un derecho fundamental, como es el derecho de libre circulación, se debe ejercer respetando el DIDH, los que a su vez actúan como limitación de la normativa migratoria. Por lo anterior es que el principio de no expulsión, proveniente del DIDH, es el que limita a la facultad de expulsión, limitadora del derecho de libre circulación, regulada en la normativa migratoria.

La CsER se encarga de regular, particularmente en sus artículos 31, 32 y 33, la prohibición de expulsión para casos en que peligre la vida o libertad por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. No ocurre lo mismo para los migrantes que no tienen la calidad de refugiado, mucho menos los que se encuentran en calidad de irregular, sin perjuicio que el refugio es una institución que se puede confundir en los hechos del migrantes, es decir calificar para ser considerado refugiado por los mismos motivos que no debe ser expulsado. Ahora bien, hay que dejar en claro que nos posicionamos en el DIDH, el cual limita la facultad soberana de los Estados para ejercer su facultad de expulsión, en beneficio de la protección de un derecho en peligro de ser vulnerado si se ejecuta la sanción expulsión. Para ello hay que abordar los DDFF y su relación con los límites al ejercicio soberano de sancionar administrativamente con expulsión. *“Los [DDFF] son, a la vez, límite a la ley y objeto de regulación de la misma”*.¹⁰² Es así, como señala Diez-Picazo,¹⁰³ las causas por las que la ley interviene en los DDFF son que:

1. Los DDFF pueden tener una variedad de pretensiones, debiendo tener un mínimo de organización y procedimiento, siendo el papel del legislador crucial.
2. Los DDFF tienen una relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que los proclaman. Hay casos en que la indeterminación es resuelta por la jurisprudencia, pero deben ser abordadas de manera general por el legislador, sin mencionar que hay casos que se hace expresa remisión.
3. La fuerza expansiva de los DDFF, la cual está compuesta por los valores básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico. Todo el proceso de creación y aplicación del derecho ha de estar inspirado por ellos, lo que se traduce en la interpretación conforme con la constitución, o bien, con los tratados internacionales sobre DDHH y fuentes del DIDH.

Hay que destacar que los DDHH son una exigencia mínima que deben garantizar

¹⁰² Diez-Picazo (2008), p. 108.

¹⁰³ *Ibíd.*

los Estados a todas las personas, y con ello lleva aparejado el máximo respeto por las normas de *ius cogens*, las que no admiten más estándar que el establecido por el DIDH. Es así que la nacionalidad, o la ciudadanía de las personas, no juegan ningún papel en lo que respecta a los principios de DDHH, ellas están protegidas por ser personas “y el ejercicio de esos derechos se realiza a veces en el ámbito supranacional, con la consiguiente limitación de la autonomía de los gobiernos”,¹⁰⁴ Sin perjuicio de lo anterior, hay quienes señalan que “[l]os [DDFF] suelen caracterizarse [...] por tener un núcleo de certeza y no un halo de incertidumbre”.¹⁰⁵ Esto es una concepción estricta del contenido de los DDFF, la que proporciona un alto grado de seguridad jurídica, pues sólo aborda aquellos supuestos dentro de su núcleo de certeza, asimismo, tiene la ventaja que “preconiza un contenido de los [DDFF] claro y relativamente reducido, puede permitirse ser muy exigente a la hora de admitir restricciones a esos mismo derechos”. Empero, esta concepción estricta, no es la mayoritaria por la jurisprudencia y la doctrina, puesto que “tiene el inconveniente de expulsar del campo de los [DDFF] una multitud de situaciones que, según las convicciones morales y jurídicas imperantes, están íntimamente relacionadas con ellos”, cuya consecuencia es que el Estado legislaría como estimaría conveniente por ser carentes de relevancia constitucional.¹⁰⁶

Pero la postura mayoritaria, del contenido de los DDFF, tiende a verlos “como el conjunto del núcleo de certeza y el halo de incertidumbre”, el cual contempla todas las situaciones cubiertas por el valor o bien jurídico proclamado, y para determinar qué se encuentra cubierto hay que recurrir al enunciado que, en ciertos casos, puede tener un alto grado de determinación.¹⁰⁷ Este es el caso del principio de no expulsión, pues de manera explícita se establecen los DDHH en las distintas Convenciones, como también en las interpretaciones de los organismos internacionales a nivel universal, regional y en el diálogo. Es así que la Autoridad Migratoria, debiendo respetar cada una de las Convenciones sobre DDHH y sus interpretaciones, se debe abstener de su acto administrativo que traerá consecuencias gravísimas para el expulsado, es decir, limita su facultad soberana. Otro asunto es cuando la ley es la que, por diferentes motivos, ya sea por ser preconvencional o preconstitucional, o bien porque no se respetó el DIDH al legislar, se encuentra de bajo del estándar que se espera de un Estado garante de los DDHH, considerando que una ley que lesiona otro derecho será justificada cuando sea razonable la limitación para la protección de otro derecho o fin legítimo.¹⁰⁸ Esto resulta ser que, desde la constitución, se desprende un contenido indeterminado pero determinable de los DDFF, siendo los jueces los llamados a interpretar el derecho interno,¹⁰⁹ el cual también puede realizarse con el criterio de interpretación conforme a una convención o la misma Constitución.

¹⁰⁴ Pécoud y De Guchteneire (2005), p. 142.

¹⁰⁵ Díez-Picazo (2008), p. 116.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 117.

¹⁰⁸ Prieto (2000), p. 442.

¹⁰⁹ Díez-Picazo (2008), p. 117.

Estamos frente al contenido esencial de un derecho, razón que permite no cumplir con una norma para resguardar un derecho, por lo que es necesario también entender qué constituye el contenido esencial de un derecho subjetivo, esto es “[...] aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro”.¹¹⁰ Otra forma de determinar el contenido esencial de un derecho fundamental es “buscar [...] los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”. Ambas son complementarias.¹¹¹ Esto ha sido objeto de críticas, tachándola de artificiosa y poco práctica, por existir una zona accesible y otra vedada para el legislador, proponiendo una visión cooperativa de la relación entre la Constitución y la ley, la primera la prefigura y la segunda la configura. En esta doctrina, el tope al legislador son las convicciones jurídicas básicas imperantes en cada momento histórico las que establecerían lo que el legislador no puede hacer en materia de DDFF. Esto es una concepción estricta de los DDFF, lo cual no deja espacio intermedio de protección, ni tampoco al principio de proporcionalidad.¹¹² El cual resulta ser relevante al momento de establecer los límites de un DDFF.

3.1. Expulsiones absolutamente prohibidas.

Existen situaciones en que se encuentra estrictamente prohibida la expulsión, reguladas a nivel internacional y acogidas por la jurisprudencia nacional, como son las expulsiones masivas y expulsiones de nacionales. Se trata de situaciones establecidas para dar protección al derecho de acceso a la justicia o como estándares básicos de DDHH, como es el caso de expulsiones masivas, y por el derecho a la libertad de circulación, para el caso de expulsión de nacionales.

En el caso de nacionales, existe una prohibición de expulsión y de ser privados del derecho a ingresar al territorio del cual se es nacional, establecida en el artículo 22, numeral 5, de la CADH. Esto va en el sentido del innegable derecho a ingresar al país del que se es nacional y, por ende, relacionado con el derecho a la nacionalidad, siendo un derecho a permanecer en el propio país.¹¹³ Asimismo, el Comité de DDHH ha señalado que “los nacionales de un Estado siempre se encuentran legalmente dentro del territorio de ese Estado”.¹¹⁴ Esta garantía no acepta limitaciones, considera a toda persona que sea nacional del Estado, no siendo admisible caso alguno para justificar la medida de expulsión.¹¹⁵

Lo mismo ocurre en el caso de expulsiones masivas. Esta prohibición se encuentra en diversos tratados,¹¹⁶ particularmente en la CADH, el artículo 22, número 9,

¹¹⁰ Diez-Picazo (2008), p. 120.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Ibíd.*, p. 121.

¹¹³ Arlettaz (2016), p. 32.

¹¹⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General N°15, de 11 de abril de 1986, párr. 4.

¹¹⁵ Uprimny y Sánchez (2014), p. 547.

¹¹⁶ Arlettaz (2016), p. 34.

el cual establece que *“es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”*. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que *“el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en la arbitrariedad”*.¹¹⁷ Esto es fundamental para que la autoridad conozca los detalles de la vida de la persona que podría ser objeto de la sanción de expulsión. Incluso la Corte IDH ha sostenido que las expulsiones masivas son un acto de discriminación, en tal sentido ha señalado que *“la existencia [...] de un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implican un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, que obedece a una concepción discriminatoria”*.¹¹⁸ En el mismo sentido, la CIDH señala que la *“política de inmigración debe aportar a los extranjeros legales el derecho jurídico a no ser deportados sin una decisión firme respaldada por la ley, y debe prohibir la expulsión colectiva de extranjeros, independientemente de su estatuto jurídico. [...]”*.¹¹⁹ En el mismo sentido la ClsPDTMyF, en su artículo 22, prohíbe la expulsión colectiva para trabajadores migratorios y sus familiares. Expresamente establece que cada caso debe ser examinado y decidido individualmente. A lo anterior agregamos que debe ser revisada cada situación personal del migrante que se pretende expulsar. Resulta evidente que se debe aplicar el artículo 8 de la CADH, esto es garantizar el debido proceso a toda persona independientemente de su estatus migratorio.¹²⁰

Asimismo, el proyecto de ley del actual Gobierno de Sebastián Piñera, Boletín número 8970-06, contempla este último caso en que no procede la expulsión, como son las expulsiones colectivas de extranjeros y sus familiares, debiendo analizar cada caso en forma individual, como también la prohibición de expulsión de niños, niñas o adolescentes (NNA) no acompañados, a quienes se les aplicaría un procedimiento de retorno asistido a su país de origen.¹²¹

Sin perjuicio de lo anterior, y antes de continuar con este apartado, resulta necesario aclarar que actualmente no existe norma alguna que prohíba las expulsiones en su totalidad. Se puede afirmar que el Estado, al expulsar a una persona, no está vulnerando derechos por el sólo hecho de expulsar, sino que son las circunstancias que lo rodean, a ese acto administrativo, lo que puede vulnerar los derechos de la persona objeto de expulsión. Pero podemos afirmar que sí existen límites para la autoridad al momento de expulsar, esto es, los DDHH.

Ya se ha señalado que la facultad soberana de los Estados se encuentra limitada por el respeto y garantía de los DDHH,¹²² pero ese límite, como es el caso del

¹¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), p. 138.

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs República Dominicana, de 28 de agosto de 2014, párr. 171.

¹¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Andrea Mortlock Vs Estados Unidos, de 25 de julio de 2008, párr. 78.

¹²⁰ Ibáñez (2014), p. 254 y Uprimny y Sánchez (2014), p. 550.

¹²¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2018), p. 15.

¹²² CIDH (2015), párr. 348.

principio de no expulsión, no opera *ipso jure*, pues hay que realizar un análisis de las circunstancias que rodean los casos en particular, considerar sus motivos, lo que se debe realizar de buena fe y razonable, considerando las circunstancias particulares, la gravedad de los hechos, su comportamiento y el carácter actual de la amenaza a que los hechos dan lugar.¹²³ Cada persona tiene su historia de vida, su familia, su estado de salud, sus opiniones políticas, participaciones en organizaciones o culto. Cada uno de estos aspectos pueden ser muy relevantes a la hora de realizar el análisis de si es procedente la sanción de expulsión y, aun existiendo condiciones para creer que sería improcedente, si es de prohibición absoluta o si hay que dar relevancia a ciertas circunstancias.

En OC, la Corte IDH, cita al Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia, el cual “[...] sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto, por el Derecho Internacional tanto convencional (bajo determinados tratados de DDHH) como consuetudinario, tenía el carácter de una norma de *jus cogens* [...]. Tal prohibición absoluta de la tortura, -agregó el Tribunal- impone a los Estados obligaciones *erga omnes* [...]; la naturaleza de *jus cogens* de esta prohibición la torna “uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional”, incorporando “un valor absoluto del cual nadie debe desviarse” [...].”¹²⁴ En la nota al pie de página, número 190, la Corte señala que la prohibición es tan absoluta que incidía no solo sobre violaciones actuales sino también potenciales, impidiendo así la expulsión, el retorno o la extradición de una persona a otro Estado en que pueda incurrir en riesgo de ser sometida a tortura. Es decir, al ser una norma de *jus cogens*, la tortura se encuentra prohibida incluso para los casos en que exista un riesgo de que ocurra. Al ser considerada con efecto *erga omnes*, los Estados no pueden ejecutar actos activos en el sentido de vulnerar esta norma y exponer a una persona a actos de tortura. Sí existe esta situación, los Estados ven disminuida su facultad soberana, prohibiéndosele expulsar a personas por los efectos del principio de no expulsión. Misma opinión tiene Domínguez al señalar que “la adopción de una decisión de expulsión está limitada por su propia ley y siempre que la persona extranjera no corra peligro en su vida o integridad en caso de ser devuelta a su país de origen o a un tercer país.”¹²⁵ Incorporando, además, el factor de limitación por la propia ley.

En igual sentido, el Comité de DDHH ha señalado que “[l]os Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución.”¹²⁶ Siendo una relación del estándar de prohibición de tortura al área migratoria, específicamente la expulsión. Nuevamente considerada la “exposición” al peligro, donde opera el principio de no expulsión.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

¹²³ Díaz Tolosa (2016), p. 201.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, párr. 69.

¹²⁵ Domínguez (2016), p. 192.

¹²⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General N°20, 10 de marzo de 1992, párr. 9.

recordó que *“las libertades y los derechos civiles y políticos, incluidos el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o malos tratos, se recogen de manera implícita en la Convención y, por tanto, los Estados partes tienen la obligación de no extraditar, deportar o expulsar de otro modo a una persona de su territorio al territorio de otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que existe un riesgo de daño irreparable.”*¹²⁷ Este Comité extiende el efecto del principio de no expulsión, reconociéndolo para todos aquellos casos en que exista un riesgo de daño irreparable. Si este Comité entiende que se recogen de manera implícita todos los derechos civiles y políticos, incluidos el de la vida y no ser sometido a tortura, perfectamente se puede hacer extensivo a cualquier grupo vulnerable que se encuentre en la situación migratoria de eventual expulsión. En Europa, el Tribunal Europeo de DDHH ha considerado que una mujer corría riesgo grave en su país de origen de sufrir una represalia de su familia musulmana por haberse casado con un cristiano, como también ha considerado el riesgo de exclusión social en su país, e incluso riesgo de pena de muerte, de una mujer por haber mantenido una relación extramatrimonial.¹²⁸

Por su parte, el CMW incorpora otros derechos de manera explícita, lo cual ya fue señalado al definir el principio de no expulsión en el primer capítulo, pues al referirse a la protección contra la expulsión: no devolución, entendemos que este comité se refiere al principio de no expulsión, pues señala que es fuente del DIDH y lo hace extensivo a migrantes irregulares,¹²⁹ incluso ejemplifica con categorías vulnerables de trabajadores migratorios que pueden resultar particularmente perjudicados, lo señala a propósito de la privación de libertad, pudiendo incidir negativamente en su salud física y mental.

Respecto a las víctimas de trata de personas, el Protocolo de Palermo establece que los Estados deben adoptar medidas que les permita permanecer dentro de su territorio, teniendo en consideración factores humanitarios y personales. Esto es sin perjuicio de la decisión que adopte la víctima de regresar a su país de origen.

Cabe destacar que las disposiciones positivas, tanto en el orden universal como regional, referentes a la prohibición de la tortura, esto es la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas (CAT) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPyST), prescinden del requisito de persecución, por tanto, como lo han señalado los diversos organismos internacionales, el mero riesgo de tortura es suficiente para aplicar la prohibición de expulsión.¹³⁰ En conclusión, se encuentra totalmente prohibida la medida de expulsión respecto de migrantes en situación irregular cuando se trate de:

¹²⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N°32, 14 de noviembre de 2014, párr. 21.

¹²⁸ Canosa (2018), p. 267.

¹²⁹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares: Observación general N° 2, 28 de agosto de 2013, párr. 50.

¹³⁰ Beloff (2014), p. 499.

- Expulsiones masivas de migrantes, en consecuencia la expulsión en casos de vulneraciones al debido proceso o al derecho de acceso a la justicia.
- Vulneraciones a normas de *ius cogens*, comprendiendo el riesgo de daño irreparable, sin necesidad de persecución; exposición, actuales y potenciales, a la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes.
- Peligro o riesgo de daño irreparable en la libertad, vida o integridad de la persona.
- Riesgo de daño irreparable de libertades, derechos civiles, políticos y, en general, en la persona.
- Migrantes, y sus familiares, en situación irregular, que requieren protección internacional.
- Privación de libertad que incida negativamente en la salud física y mental de trabajadores migratorios.
- Víctimas de trata de personas.

3.2. Casos en que la expulsión de migrantes se encuentra limitada o restringida

Para determinar situaciones en que se limita la facultad de la Autoridad Migratoria para expulsar, el principio de proporcionalidad constituye un instrumento para controlar cualquier acto del Estado que incide sobre los derechos e intereses de los particulares, siendo totalmente aplicable para los casos de expulsión, donde se limita el derecho de circulación, como también se ven expuestos a ser vulnerados otros derechos que deben ser reguardados, cualquiera que sea, *“debe haber un juicio de ponderación, conforme al cual se debe ponderar el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general vis-á-vis los [DDFF] de las personas no nacionales”*.¹³¹ Siguiendo la tesis de Robert Alexy, esto es la tesis de necesidad, que consiste en la existencia de una conexión necesaria entre los - DDFF y el análisis de proporcionalidad,¹³² este principio constituye el más conocido y el más recurrente límite de los límites a los DDFF.¹³³

Los actos que limiten a un DDFF sólo podrán reputarse proporcionados y, por ende, validos, cuando respeten cumulativamente tres requisitos: A) Que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone. B) Que la intervención sea necesaria, en cuanto que no quepa una medida alternativa menos gravosa para el interesado. C) Que sea proporcionada en sentido estricto o, en otras palabras, que en ningún caso suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención pública. Este último requisito significa que aun cuando la medida sea adecuada y necesaria, deberá considerarse inválida si implica el vaciamiento del derecho o interés en juego,¹³⁴ o bien, *“debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro*

¹³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), párr. 348.

¹³² Alexy (2011), p.11.

¹³³ Carbonell (2008), p. 10.

¹³⁴ Díez-picazo (2008), p. 122.

del objetivo legítimo".¹³⁵ Es decir, como lo ha señalado la Corte IDH, "a fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida [en este caso la expulsión]: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática".¹³⁶ En otras palabras "en el examen de proporcionalidad debe establecerse, entonces, la existencia de razones suficientes y relevantes que justifican la medida de expulsión, sin que ninguna otra medida menos restrictiva sea realizable y ante la existencia de salvaguardas suficientes contra el abuso en el marco de un procedimiento justo".¹³⁷

El subprincipio de idoneidad "[...] excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado."¹³⁸ Respecto de este subprincipio, la relevancia práctica es baja,¹³⁹ por lo que resulta fundamental el segundo subprincipio para que el principio de proporcionalidad cumpla su objetivo por tener mayor relevancia práctica, este es el de la necesidad, el que exige que de entre dos medios igualmente idóneos, deba ser elegido aquel que sea menos lesivo.¹⁴⁰ Respecto del último subprincipio, la proporcionalidad en sentido estricto, es sobre la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas, que, a criterio de Prieto Sanchís, "reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las formulas habituales (orden público, derecho ajeno, etc.), sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna."¹⁴¹ Esto cobra sentido al aceptar que no existe una jerarquía de los DDFF, sino que se debe optar por el mayor goce de ellos, sin afectar a los demás derechos.¹⁴² Es por ello que la ponderación establece una preferencia, pero para el caso concreto, por tanto no da respuesta válida para todo conflicto.¹⁴³

Prácticamente hay que ejecutar este instrumento en materia de expulsión, considerando que un acto de autoridad puede vulnerar, directa o indirectamente, derechos del migrante, es aquí donde se puede señalar que los límites establecidos, como lo señala una sentencia del TC Español, "habrá que ponderar en cada caso, pues en cuanto restringen [DDFF], han de ser interpretados a su vez restrictivamente [...] se produce así un régimen de concurrencia normativa de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 278.

¹³⁶ *Ibíd.*, párr. 275.

¹³⁷ Domínguez (2016), p. 197.

¹³⁸ Alexy (2011), p. 13.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 14.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ Prieto (2008), p. 101.

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 102.

límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente; como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los [DDFF] hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos.”¹⁴⁴ Por ejemplo, la Corte IDH, nos entrega que es lo que debe ponderar el Estado al momento de expulsar cuando se ven involucrados NNA, “a) la historia migratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive [el NNA], así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria [del NNA] si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo [del NNA], de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior [del NNA] en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.”¹⁴⁵

Por otro lado, desde un punto de vista procesal y con la intención que se aplique en todo aspecto, incluida materias administrativas, dos Comités de la ONU, de manera conjunta, señalan que *“el interés superior del niño debe garantizarse explícitamente mediante procedimientos individuales como parte esencial de toda decisión administrativa o judicial que se refiera a la entrada, la residencia o la devolución de un niño, el acogimiento o el cuidado de un niño, o la detención o expulsión de un padre relacionada con su propia situación de residencia.”¹⁴⁶ Asimismo, estos Comités, en otra OG conjunta, señalan que “[...] la ruptura de la unidad familiar por la expulsión de uno o ambos progenitores a causa de una infracción de las leyes sobre la inmigración relacionadas con la entrada o la estancia es desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y la repercusión en la vida y el desarrollo del niño no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres a abandonar el territorio debido a la infracción cometida contra las normas sobre inmigración. Los niños migrantes y sus familias también deben estar protegidos en los casos en que las expulsiones constituyan una injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar y privada.”¹⁴⁷ En este sentido, la Corte IDH ha señalado que hay dos intereses conflictivos en que debe adoptarse respecto a la eventual expulsión de uno o ambos padres, “a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para*

¹⁴⁴ Aguiar De Luque (1993), p. 26.

¹⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 279.

¹⁴⁶ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño (2017): Observación General conjunta núm. 3 y núm. 22, de 16 de noviembre de 2017, párr. 30.

¹⁴⁷ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño (2017): Observación General conjunta núm. 4 y núm. 23, de 16 de noviembre de 2017, párr. 29.

alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los DDHH, y b) el derecho [del NNA] a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible".¹⁴⁸ Se ha clarificado lo que deben observar los Estados en casos de expulsión en que se encuentren involucrados NNA: a) La historia migratoria, lapso de la estadía y extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la nacionalidad y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; c) alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión y d) alcance de la perturbación en la vida diaria del NNA si cambiara su situación familiar debido a la expulsión de quién lo cuida; todo relacionado con el interés superior del niño.¹⁴⁹ Es decir, cada uno de los factores que contempla el interés superior del niño, deben ser considerados por los obligados, en este caso, el Estado.¹⁵⁰ Ante esto no es procedente, en ciertos casos, expulsar a quien es sustento de una familia si toda ella ya tiene un arraigo y no tiene intenciones de regresar a su país, debiendo respetar el proyecto migratorio.

Es necesario precisar que los derechos de los NNA no se deben ver afectados por la situación migratoria de sus padres o, incluso, por la situación migratoria de ellos mismos. Por ejemplo, no se puede restringir el acceso a la educación de un NNA por el hecho que sus padres, o ellos, se encuentren en situación irregular.¹⁵¹ Lo anterior es por aplicación del interés superior del niño.

Por otro lado, el CMW no sólo se refiere a casos de absoluta prohibición, también señala casos en que, según las circunstancias que rodean el caso, no sería procedente la expulsión, *"entre esos trabajadores migratorios y sus familiares pueden figurar las víctimas de torturas, las personas de edad sin acompañar, las personas con discapacidad o las personas que viven con el VIH/SIDA. Deben adoptarse medidas especiales para proteger a las personas vulnerables a quienes se haya privado de libertad, entre otras cosas permitiéndoles acceder a servicios de salud, medicamentos y servicios de asesoramiento adecuados. A los trabajadores migratorios o los familiares de estos con algún tipo de discapacidad deben ofrecérseles, además, "ajustes razonables"*.¹⁵² En este caso, el Comité se ha pronunciado de manera explícita que la expulsión no procede en determinados casos, debiendo la Autoridad Migratoria reconocer que hay otros derechos que deben ser respetados antes que el ejercicio de su facultad soberana de expulsión.

Muy interesante es el caso de las personas que viven con VIH/SIDA, la CIDH considera que si *"por razones humanitarias, la afección médica de una persona es tal que no deba ser expulsada, a menos que pueda demostrarse que los servicios médicos y sociales que innegablemente necesita están efectivamente disponibles*

¹⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 275.

¹⁴⁹ Gil (2019), p. 204.

¹⁵⁰ Aguilar (2008), p. 245.

¹⁵¹ Muñoz y Ramos (2017), p. 337.

¹⁵² Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares: Observación general N° 2, 28 de agosto de 2013, párr. 46.

en el Estado receptor. Por tanto, el parámetro aplicable consistiría en determinar si la deportación creará penurias extraordinarias a la deportada y su familia, hasta el punto de equivaler a una sentencia de muerte, habida cuenta de dos aspectos fundamentales: la disponibilidad de atención médica en el país receptor; y la disponibilidad de servicios sociales y apoyo, en particular la presencia de parientes cercanos”.¹⁵³ No significa que por tener una afección médica opera *ipso jure* el principio de no expulsión, si no que según las circunstancias y características del país de destino se debe evaluar la expulsión. En el caso citado, la CIDH concluye que “enviar conscientemente a [la presunta víctima] a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH/SIDA, sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia de facto a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura”.¹⁵⁴ Por tanto, se debe revisar el historial de las personas antes de expulsar y no sólo su estado de salud, sino que las condiciones sanitarias y médicas que ofrece el Estado receptor.¹⁵⁵

Por su parte, el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos nos permite aclarar la situación del daño grave de -valga la redundancia- amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno establecido en el Estatuto de Protección subsidiario. En este caso, no se prueba que se haya sufrido, o exista la posibilidad que ocurra, actos de violencia, sino que la prueba se orienta en el conflicto mismo y que se caracterice por “una violencia indiscriminada de un nivel tan intenso que los civiles corran un riesgo real de sufrir daños graves por el mero hecho de su presencia en el territorio de estos.”¹⁵⁶ Es un interesante caso en que las circunstancias se concentran en la situación del territorio donde se expulsaría una persona, no considerando aspectos personales, sino que la situación de amenaza grave del lugar de destino.

Otro caso, cuyas consecuencias derivan de otro DDHH relacionado, es el de los migrantes de origen climático, movilidad en el contexto del cambio climático o refugiados climáticos.¹⁵⁷ Para estas personas, resulta sumamente necesario que se les aplique el principio de no expulsión, debido que si se les expulsa a su lugar de origen, de donde migraron por temas ambientales, se les expone a graves riesgos contra la vida;¹⁵⁸ la seguridad; la integridad física, mental y moral; la protección de derecho a necesidades básicas de la vida; protección de derechos socio-económicos y culturales y de otros derechos civiles y políticos.¹⁵⁹ El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, artículo 19 N°8 de la Constitución, se vul-

¹⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Andrea Mortlock Vs Estados Unidos, de 25 de julio de 2008, párr. 91.

¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 94.

¹⁵⁵ Gil (2019), p. 206 y 209.

¹⁵⁶ Arenas-Hidalgo (2017), p. 199.

¹⁵⁷ Gemenne (2015), p. 71.

¹⁵⁸ Fernández (2015), p. 42 y Esposito y Torres (2012), p. 22.

¹⁵⁹ Esposito y Torres (2012), p. 22.

neraría por un acto del Estado. Nuevamente nos encontramos ante una situación que da relevancia al destino y no a los aspectos personales.

En cuanto a las víctimas de tráfico ilícito de migrantes, el Protocolo de Palermo establece que se debe preservar y proteger sus derechos conforme a las normas aplicables del derecho internacional, destacando el derecho a la vida, a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, se les debe brindar protección contra toda violencia que puedan ejercer sus victimarios, prestar asistencia apropiada a los migrantes cuya vida o seguridad se ha puesto en peligro como consecuencia del delito de tráfico de migrantes, como también el debido respeto a sus DDHH.

Con todo, es necesario afirmar que, como lo ha hecho el Relator Especial sobre los DDHH de los migrantes, *“los retornos forzosos [expulsiones] deben ser siempre medida de último recurso y únicamente después de que haya tenido lugar un proceso justo y eficiente que garantice todas las salvaguardas legales”*,¹⁶⁰ por lo que si consideramos lo anterior, aun cumpliéndose los requisitos establecidos por ley y realizado un análisis pormenorizado del caso, la situación del migrante no se encuentra dentro de las hipótesis del principio de no expulsión, es posible concluir que igual no procedería la expulsión, por ser de última ratio.¹⁶¹ Es así que la expulsión no debiese proceder, incluidos aquellos en situación irregular, por el sólo arraigo al país de acogida, incluido un contrato laboral estable,¹⁶² por perder contactos y redes en sus países de origen o, derechamente, por enfrentarse a violaciones de sus DDHH. Se debe preferir alternativas diferentes a la expulsión como la regularización, permanencia temporal, nacionalización o facilitar la reunificación familiar, debiendo los Estados dar protección de los DDHH.¹⁶³ Es evidente que el Relator se refiere al principio de no expulsión.

El papel del DIDH es fundamental a la hora de evaluar la proporcionalidad de la expulsión. En los casos de expulsión de migrantes *“cumple dos papeles: estándar de razonamiento (análisis de la proporcionalidad de la medida de expulsión, así como elemento sustantivo para analizar la proporcionalidad de la medida. En este sentido, el DIDH se utiliza para fundamentar la existencia del derecho a la protección de la familia y de los derechos del niño a permanecer con sus padres, lo que permitiría plantear que la medida de expulsión es desproporcionada en atención a los derechos en juego”*.¹⁶⁴

Con todo, no está demás señalar que, para cada caso concreto en que el principio de no expulsión opere, sólo tendrá efecto *inter partes*, por tanto, que en un caso triunfe el principio de no expulsión sobre una de las razones en pugna, no implica que en otro caso no triunfe la contraria.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Consejo de Derechos Humanos (2018), párr. 89.

¹⁶¹ Arriagada y Rochow (2015), p. 207.

¹⁶² Lagos y Lawson (2015), p. 293.

¹⁶³ Consejo de Derechos Humanos (2018), párr. 90.

¹⁶⁴ Nash (2017), p. 40.

¹⁶⁵ Prieto (2008), p. 100.

En definitiva, analizada la situación del principio de no expulsión, y las situaciones en que limita la facultad soberana del Estado de expulsión, resulta ser demasiada desproporcionada la aplicación de la sanción de expulsión al momento de analizar los antecedentes de las personas migrantes que han infringido el derecho interno migratorio. Es necesaria la abstención de la Autoridad con el fin de resguardar y garantizar los DDHH de los migrantes en ciertos y determinados casos. En conclusión, los casos en los que la medida de expulsión de un migrante en situación irregular se encuentra sometida a limitaciones son cuando:

- Se vean involucrados derecho de NNA por aplicación del interés superior del NNA, reunificación familiar o injerencia arbitraria en el derecho a la familia.
- Sus familiares sean víctimas de tortura, personas mayores sin acompañamiento, personas con discapacidad o personas que viven con VIH/SIDA.
- Exista una afección médica de una persona que no deba ser expulsada, a menos que pueda demostrarse que los servicios médicos y sociales que innegablemente necesita están disponibles en el Estado receptor.
- Exista un arraigo, incluida la amistad y la familia, larga estadía en el Estado expulsor, o inexistencia de redes en el Estado receptor.
- Exista un perjuicio patrimonial consistente en la pérdida de la principal fuente de ingresos del migrante.
- Exista violencia indiscriminada de un nivel tan intenso que los civiles corran riesgo real de sufrir daños graves por el solo hecho de su presencia en el territorio del Estado receptor.
- Sean migrantes de origen climático, movilidad en el contexto del cambio climático o refugiados climáticos.
- Sean víctimas de tráfico de migrantes, violencia intrafamiliar o desplazamiento.
- En general, se trate de casos en que, por aplicación del principio de proporcionalidad, no resulta procedentes expulsar por ser demasiada gravosa la sanción administrativa de expulsión, por afectar otros DDHH.

4. Conclusión

Al diferenciar los principios de no devolución y el de no expulsión, ha quedado claro que son diferentes y se aplican en contextos diversos, por un lado el principio de no devolución se aplica para el estatuto de los refugiados, por aplicación de la CsER y, por otro lado, el principio de no expulsión es un principio que, pese a tener ciertas semejanzas al anterior, es completamente autónomo que se aplica a los migrantes ante una eventual sanción de expulsión de la autoridad migratoria, el cual debe ser activamente resguardado para proteger los DDHH de los migrantes en situación regular o irregular. Lo anterior se puede afirmar, como se ha señalado a lo largo de esta tesis, por la aplicación de las distintas fuentes del DIDH, las cuales, en sus diversas formas, desde las internacionales, pasando por las que se encuentran dentro del *hard law* y las de *soft law*, con sus efectos *erga omnes* o recomendaciones de organismos internacionales, hasta las fuentes nacionales derivadas de interpretaciones conforme a los DDHH, afirman que no es posible ejecutar la sanción de expulsión de manera absoluta en ciertos casos y de manera

restringida en otros, por ser muy gravosa para la persona objeto de la sanción.

Estas situaciones se han ejemplificado de manera clara. Primero, las que se encuentran absolutamente prohibida, como expulsiones masivas y, en consecuencia, en casos de vulneraciones al acceso a la justicia; vulneraciones a normas de *ius cogens*, comprendiendo el riesgo de daño irreparable sin necesidad de persecución; exposición, actual o potencial, a la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes; peligro o riesgo de daño irreparable en la libertad, vida o integridad de la persona; riesgo de daño irreparable de libertades, derechos civiles, políticos y, en general, en la persona; de migrantes en situación irregular, y sus familiares, que requieren protección internacional; privación de libertad que incida negativamente en la salud física y mental de trabajadores migratorios y víctimas de trata de personas.

Por su parte, las situaciones que restringen la facultad de expulsión de los Estados pueden ser expulsiones en que se vean involucrados derecho de NNA por aplicación del interés superior del NNA, reunificación familiar o injerencia arbitraria en el derecho a la familia; expulsión de migrantes en casos que sus familiares sean víctimas de tortura, personas mayores sin acompañamiento, personas con discapacidad o personas que viven con VIH/SIDA; afección médica de una persona que no deba ser expulsada, a menos que pueda demostrarse que los servicios médicos y sociales que innegablemente necesita están disponibles en el Estado receptor; existencia de un arraigo, incluida la amistad y la familia, larga estadía en el Estado expulsor o inexistencia de redes en el Estado receptor; existencia de un perjuicio patrimonial consistente en la pérdida de la principal fuente de ingresos del migrante; violencia indiscriminada de un nivel tan intenso que los civiles corran riesgo real de sufrir daños graves por el solo hecho de su presencia en el territorio del Estado receptor; migrantes de origen climático, movilidad en el contexto del cambio climático o refugiados climáticos; víctimas de tráfico de migrantes, violencia intrafamiliar o desplazamiento y, en general, aquellos casos en que por aplicación del principio de proporcionalidad, no resulta procedentes expulsar por ser demasiada gravosa la sanción de expulsión, por afectar otros DDHH.

Debemos reconocer que se trata de un tema bastante complejo y no sencillo de concluir, pues de manera sistemática, históricamente, se han violado los derechos de los migrantes al momento de ser objeto de una sanción de expulsión, bien sea por las vulneraciones del derecho de acceso a la justicia, como también las exposiciones a graves violaciones de DDHH que son consideradas derechos consuetudinarios o *ius cogens*. Resulta necesario que el principio de no expulsión sea aplicado en cada caso, con el debido estudio de las situaciones que son de la vida del migrantes, para resguardar sus derechos y ser protegidos en toda su dignidad, respetando los proyectos migratorios, los cuales siempre tienen una fundamentación lógica que responde a una conducta de los seres humanos reiterada en toda la historia de la humanidad, limitándose la facultad de los Estados para expulsar por la aplicación del DIDH.

5. Bibliografía Citada

Artículos

- Aguiar de Luque, Luís (1993): “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, (núm. 14), pp. 9 – 34.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008): “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Constitucionales* (año 6, núm. 1), pp. 223 – 247.
- Alexy, Robert (2011): “Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad”, (traducc. Jorge Alexander Portocarrero Quispe, Lima, Perú), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, (núm. 91), pp. 11 - 29.
- Arlettaz, Fernando (2016): “La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (núm. 145), pp. 13 – 45.
- Arlettaz, Fernando (2018): “Admisión y expulsión de extranjeros en el derecho argentino”, en *Revista Estudios Constitucionales* (año 16, núm. 1), pp. 281-326.
- Camison Yagüe, José Ángel (2012); “Los derechos civiles y políticos en la Constitución boliviana”, en *Revista Derecho del Estado* (núm. 28), pp. 171-231.
- Canosa Usera, Raúl (2018): “La prohibición de la tortura y de penas y tratos inhumanos o degradantes en el CEDH”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional* (núm. 42), pp. 247 – 271.
- Castillo-Córdova, Luis (2002), “Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, en *Repositorio institucional PIRHUA*, (núm. 3) pp. 25 - 53
- Castillo-Córdova, Luis (2014), “El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho foro jurídico*, (núm. 13), pp. 143-154.
- Castles, Stephen (2010): “Migración Irregular: Causas, Tipos y Dimensiones Regionales”, en *Revista Migración y Desarrollo*, vol. 7 (núm. 15), pp. 49 – 80.
- Ceriani Cernadas, Pablo (2009), “Control migratorio europeo en territorio africano: la Omisión del Carácter Extraterritorial de las Obligaciones de Derechos Humanos”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, (año 6, núm.10), pp. 188 – 214.
- Chueca Sancho, Ángel y Aguelo Navarro, Pascual (2014), “Contenido y límites del “ius migrandi”, en *Revista Electrónica Iberoamericana*, (núm. 2), pp. 6 – 15.

- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2016): “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, en *Revista Estudios Constitucionales* (año 14, núm. 1), pp. 179 – 220.
- Domenech, Eduardo (2013), “Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano”. La gobernabilidad migratoria en la Argentina”, en *Revista Latinoamericana*, (núm. 35), pp. 119-142.
- Domínguez Valverde, Cecilia Andrea (2016): “Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 (núm. 1), pp. 89 – 142.
- Esponda Fernández, Jaime (2018): “Sobre el derecho a migrar y los desafíos actuales de las migraciones”, en *Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios* (año 9, núm. 18), pp. 77 – 89.
- Espósito, Carlos y Torres Camprubi, Alejandra (2012): “Cambio climático y derechos humanos: El desafío de los “nuevos refugiados”, en *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo* (año 1, núm. 1), pp. 7 – 32.
- Fernández, María José (2015): “Refugiados, cambio climático y derecho internacional”, en *Revista Migraciones Forzadas* (núm. 49), pp. 42 – 43.
- Gemenne, François (2015): “Una buena razón para hablar de los <<refugiados climáticos>>”, en *Revista Migraciones Forzadas* (núm. 49), pp. 70 – 71.
- Gil Botero, Enrique (2019): “Amparo universal de los derechos de los migrantes. Marco comparativo y convencional de protección”, en *Estudios de derecho* (vol. 76, núm. 167), pp. 173-215.
- Guerra Restrepo, David (2016), “Los requisitos de entrada, permanencia y salida del territorio nacional aplicables a los inmigrantes y emigrantes en Colombia y su marco normativo”, en *Justicia*, (núm. 29), pp. 131-157
- Mondaca Miranda, Alexis (2017): “La relevancia que las Cortes de Apelaciones del denominado Norte Grande han atribuido a los vínculos de familia de inmigrantes, para efectos de acoger las acciones de amparo que buscan revocar las órdenes de expulsión”, en *Revista Estudios Constitucionales* (año 15, núm. 2), pp. 569 – 600.
- Morales-Cardiel, Jorge Antonio (2016), “La inmigración indocumentada por países de tránsito, nuevo paradigma de los sistemas migratorios: el caso de México y Marruecos”, en *Perspectiva Geográfica*, (núm. 2), p. 345 - 372.
- Nash, Claudio (2017): “Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile”, en *Revista Estudios Constitucionales* (año 15, núm. 1), pp. 15 – 54.

- Nash, Claudio (2018): "Impacto del derecho internacional de los derechos humanos en la protección jurisdiccional de grupos en situación de discriminación estructural en Chile", en *Revista Estudios Constitucionales* (año 16, núm. 2), pp. 221 – 270.
- Nieves Hernández, Efraín (2015): "¿Derecho internacional a migrar? Entre el derecho natural y el derecho positivo: el dilema de los derechos humanos de los migrantes", en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, (núm. 120 y 121), pp. 49-75.
- Palacios Sanabria, María Teresa (2013): "Los derechos de los extranjeros como límite a la soberanía de los Estados", en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (núm. 23), pp. 319 – 352
- Pécoud, Antoine y De Guchteneire, Paul (2005): "Migración sin fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas" (Traducc. UNESCO), *Migraciones Internacionales*, vol. 2, (núm. 2), pp. 137 – 166.
- Petit Guerra, Luis Albero (2017): "La categoría del "contenido esencial" para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación", en *Revista de Derecho*, (núm. 15), pp. 215-242.
- Pica Flores, Rodrigo (2013): "Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (año 20, N°1), pp. 193-228.
- Prieto Sanchís, Luis (2000): "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (ene-jun 2000), pp. 429 – 468.
- Salazar Laynes, Juan Ulises (2008): "El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos", en *Revista de Derecho foro jurídico*, (núm. 8), pp. 142-152.
- Stang, Fernanda y Stefoni, Carolina (2016): "La microfísica de las fronteras. Criminalización, racialización y expulsabilidad de los migrantes colombianos en Antofagasta, Chile", en *Astrolabio*, (núm. 17), pp. 42-80.
- Thayer Correa, Luis Eduardo, Stang, Fernanda y Abarca, Cristóbal (2017); "Estatus legal precario y condicionalidad en el acceso a derechos. Una aproximación a la regulación migratoria de Argentina y Canadá", en *Revista de Estudios Transfronterizos, Si Somos Americanos*, pp. 11 - 43
- Tijoux Merino, María Emilia y Córdova Rivera, María Gabriela (2015): "Prologo, Racismo en Chile: colonialismo, nacionalismo, capitalismo", en *Polis, Revista Latinoamericana*, (núm. 42), pp. 7-13.
- Tijoux Merino, María Emilia y Palominos Mandiola, Simón (2015): "Aproximaciones teóricas para el estudio de procesos de racialización y sexualización en los

fenómenos migratorios de Chile”, en *Polis, Revista Latinoamericana*, (núm. 42), pp. 247 - 275.

Velasco Retamosa, José Manuel (2013): “Libre circulación de personas en la Unión Europea: Los nacionales de terceros Estados como beneficiarios de esta libertad”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (núm. 22), pp. 51 – 85.

Capítulos de libros

Ahumada, Claudia y Schmidt, Grace (2005): “Derechos Humanos de las Personas Inmigrantes”, en: C.DD.HH.U.D.P., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2005* pp. 313 – 322.

Arenas-Hidalgo, Nuria (2017): “Derecho internacional y europeo de las personas refugiadas”, en M.M.F., P.G.C y C.R.A (Coords.) *Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional*, (Editorial Trotta), pp. 177 – 202.

Arriagada, Isabel y Rochow, Diego (2015): “Privación de libertad en Chile: Desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal”, en: C.DD.HH.U.D.P., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2015* pp. 161 – 207.

Beloff, Mary (2014): “Artículo 20, Derecho a la nacionalidad”, en S.T. y U.P. (Ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario* (Konrad Adenauer Stiftung); pp. 470 – 502.

Carbonell, Miguel (2008): “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en M.C. (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, pp. 9 – 12.

Carbonell, Miguel (2011): “Derecho a migrar”, en FZ.H. y V.D. *Instituciones Sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, (México, Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 59 - 68.

Caucoto, Nelson; Möller, Franz y Godoy, Rodrigo (2013): “Solicitud al pleno de la Corte Suprema por grave situación que afecta a los extranjeros en Chile”; en C.D.C., *Un Chile Abierto: Propuestas para una nueva ley de migración*, pp. 62 – 87.

Donaire Aspe, Patricia y Cubides Franco, José Delio (2013): “Consideraciones y problemáticas que debiera regular una nueva ley de extranjería”, en C.D.C., *Un Chile Abierto: Propuestas para una nueva ley de migración*; pp. 88 - 105.

Gianelli Dublanc (2009): “El debate sobre derechos humanos y políticas migratorias en los foros latinoamericanos”, en C.C.P y F.R (Ed.), *Políticas migratorias y derechos humanos*, (Ediciones de la UNLa), pp. 245 – 261

Ibáñez Rivas, Juana María (2014): “Artículo 8, Garantías Judiciales”, en S.T. y U.P. (Ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario* (Konrad Adenauer Stiftung); pp. 207 - 254.

- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018): “Derechos de las personas migrantes y la nueva política migratoria”, en: *Informe anual situación de los Derechos Humanos en Chile*, pp. 54 – 87
- Lagos, Víctor Hugo y Lawson, Delfina (2015): “El acceso a la salud de las personas migrantes en Chile. Avances y desafíos”, en: C.DD.HH.U.D.P., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2015* pp. 279 – 305.
- Mármora, Leilo (2009): “Derechos humanos de los migrantes y soberanías políticas. Las Divergencias entre la norma y la práctica”, en C.C.P y F.R (Ed.), *Políticas migratorias y derechos humanos* (Ediciones de la UNLa) pp. 25 – 35.
- Muñoz, Pilar y Ramos, Liliana (2017): “Inclusión de Estudiantes migrantes en el sistema escolar chileno: Desafíos pendientes”, en: C.DD.HH.U.D.P., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2017* pp. 329 – 351.
- Pérez González, Carmen (2016): “Entre las exigencias de la seguridad y la retórica de los derechos humanos: la respuesta de la Unión Europea a los flujos de refugiados y migrantes”, en: U.D.P., *Anuario de Derecho Público 2016*, pp. 455 – 472.
- Prieto Sanchís, Luis (2008): “El juicio de ponderación constitucional”, en M.C. (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, pp. 85 – 123.
- Schönsteiner, Judith (2016): “Brecha de cumplimiento: el Estado, empresa y derechos humanos”, en: C.DD.HH.U.D.P., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016* pp. 123 – 171.
- Stefoni, Carolina (2011): “Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante”, en F-B.B, R.S.L, S.C. y V.M.M.I., *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*, (FLACSO-Ecuador, CLACSO, Universidad Alberto Hurtado), pp. 79 – 109.
- O’donnel, Daniel (2004): “Derecho internacional de los Derechos Humanos”, en ACNUDH, *El derecho a la nacionalidad, derecho de residencia, libertad de circulación y asilo*, pp. 551 – 623
- Torrealba Ibañez, Nicolás (2013): “Mínimos regulatorios para una nueva y mejorada ley de extranjería”, en C.D.C., *Un Chile Abierto: Propuestas para una nueva ley de migración*, pp. 9 - 16.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y Sánchez Duque, Luz María (2014): “Artículo 22, Derecho de circulación y de residencia”, en S.T. y U.P. (Ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario* (Konrad Adenauer Stiftung); pp. 531 – 551.
- Vargas, Macarena y Lillo, Ricardo (2017): “El derecho de acceso a la justicia civil en Chile”, en: C.DD.HH.U.D.P., *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2017* pp. 353 – 382.

Vargas Rivas, Francisca (2018): “Una ley de migraciones con un enfoque de derechos humanos”, en: C.DD.HH.U.D.P., *Informe anual de derechos humanos en Chile 2018* pp. 483 - 538.

Vial Solar, Tomás (2014): “El igual derecho constitucional de ingreso al país de los extranjeros: Comentario a la sentencia rol 2.273 del Tribunal Constitucional”, en: U.D.P., *Anuario de Derecho Público 2014*, pp. 226 – 246.

Documentos

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2018): “Migración en Chile: tres perspectivas de análisis, abril de 2018.

Castles, Stephen (1997): “Globalización y migración: algunas contradicciones urgentes”, Texto del discurso inaugural presentado en la Reunión del Consejo Intergubernamental del MOST, 16 de junio de 1997.

Comisión de Derecho Internacional (2005): “Expulsión de extranjeros. Informe preliminar sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial, 04 de abril de 2005.”,

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000): *informe sobre la situación de los derechos humanos solicitante de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, OEA.

Consejo de Derechos Humanos (2018): “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes”, 04 de mayo de 2018.

Nogueira Alcalá, Humberto (2018): “Apuntes de clase Dogmática Constitucional”, Magíster en Derecho Constitucional, mención Derecho Procesal Constitucional, Universidad de Talca de Chile, del 23 de junio de 2018.

Pérez González, Carmen (2012): “Migraciones irregulares y derecho internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Valencia, Tirant lo Blanch, 243 pp.

Thayer, Luis Eduardo (2016): “Migración, Estado y Seguridad. Tensiones no resueltas y paradojas persistentes”, 13 pp.

Jurisprudencia citada

Observación General Número 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (1986): Comité de Derechos Humanos 11 de abril de 1986.

Observación General Número 20, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (artículo 7) (1992): Comité de Derechos Humanos 10 de marzo de 1992.

Opinión consultiva OC-16/99 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos (1999): Corte Interamericana de Derechos Humanos 01 de octubre de 1999.

Observación General Número 27, Libertad de circulación (artículo 12) (1999): Comité de Derechos Humanos 01 de noviembre de 1999.

Resolución 54/166, Protección de los migrantes (2000): Asamblea General de Naciones Unidas 24 de febrero de 2000.

Opinión Consultiva OC-18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de septiembre de 2003,

Caso Andrea Mortlock Vs Estados Unidos (2008): Comisión Interamericana de Derechos Humanos 25 de julio de 2008.

Caso Manuel Cepeda Vs. Colombia (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de mayo de 2010.

Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros Vs. Estados Unidos (2010): Comisión Interamericana de Derechos Humanos 12 de julio de 2010.

Alerte, Daniel con Subsecretario del Interior y Jefe del Departamento de Extranjería y Migración (2013): Tribunal Constitucional 4 de julio de 2013 (Inaplicabilidad por inconstitucionalidad) INA-2273-12.

Observación general N°2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares (2013): Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares 28 de agosto de 2013.

Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2013.

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de enero de 2014.

Soufien Lahouel con Ministerio de Relaciones Exteriores (2014): Corte Suprema 12 de junio de 2014 (acción de amparo, Sentencia Rol N°11.521-2014

Opinión consultiva OC-21/14 solicitada por la República Argentina, La República Federativa de Brasil, La República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de agosto de 2014

Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs República Dominicana (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de agosto de 2014.

Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de agosto de 2014.

Recomendación General núm. 32 sobre las dimensiones de género del estatuto de refugiadas, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres (2014): Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 14 de noviembre de 2014.

Observación General conjunta núm. 3 y núm. 22 sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la

migración internacional (2017): Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño 16 de noviembre de 2017.

Observación General conjunta núm. 4 y núm. 23 sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno (2017): Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño 16 de noviembre de 2017.

Opinión consultiva OC-25/18” solicitada por la República del Ecuador (2018): Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de mayo de 2018.

Libros

Castles, Stephen y Miller, Mark J. (2004): *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno* (México, Universidad Autónoma de Zacatecas).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015): *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*

Corral Talciani, Hernán (2016): *Cómo hacer una tesis en derecho curso de metodología de la investigación jurídica*, (Editorial Jurídica de Chile).

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2013): *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas a protección internacional.*

Dellacasa Aldunate, Francisco José y Hurtado Fernández, José María (2016): *Derecho Migratorio chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Diez-Picazo, Luís María (2008): *Sistema de Derechos Fundamentales*, tercera edición, (España, Editorial Aranzadi)

Sutcliffe, Bob (1998): *Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad* (Bilbao, Facultad de Ciencias Económicas, Hegoa)

Páginas web

Llugdar, Eduardo J.R. (2016): “La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como fuente y formas de Protección de los Derechos Fundamentales”, Disponible en : <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>, 29 pp.