

El principio de no devolución: sus propiedades y la nueva categoría de expulsión impropia en la jurisprudencia ecuatoriana

*The principle of non-refoulement: its properties
and the new category of irregular expulsion in
Ecuadorian jurisprudence*

FERNANDO BAJAÑA TOVAR*

Recibido / Received: 12/01/2023

Aceptado / Accepted: 10/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2880>

Citación:

Bajaña Tobar, F. “El principio de no devolución: sus propiedades y la nueva categoría de expulsión impropia en la jurisprudencia ecuatoriana”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2880>

* Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Coordinador Jurídico de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Av. Amazonas N37-101, Quito 170135, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: fernando.bajana@cortecnacional.gob.ec; fbajana95@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5348-3742>

RESUMEN

Este artículo plantea una forma de analizar el principio de no devolución a través de tres propiedades: informalidad, interdependencia y esquema de interacción entre dos espacios; para luego abordar el contenido normativo de cada una de estas propiedades y los efectos que tienen sobre la calificación de las personas bajo la calidad de refugiados. En esta línea, se revisará la sentencia constitucional No. 983-18-JP/21 y el replanteamiento que dicho fallo ha propuesto respecto del principio de no devolución, mediante el reconocimiento de la figura de expulsión impropia, la misma que extiende el ámbito de protección de este principio hacia personas nacionales del Estado receptor, e incluye en su ámbito de tutela, la defensa contra actos lesivos que no impliquen propiamente una expulsión o inadmisión.

PALABRAS CLAVE

Principio de no devolución; refugiados; primacía de la realidad; derecho a la igualdad; expulsión impropia

ABSTRACT

This article proposes a way to analyze the principle of non-refoulement through three properties: informality, interdependence, and interaction scheme between two spaces. Then, the normative content of each of these properties and their effects on the qualification of people with the quality of refugees, and the operation and protective spectrum of this principle will be studied. Finally, the constitutional sentence No. 983-18-JP/21 will be reviewed and the rereading that said ruling has caused on the principle of non-refoulement of binding jurisprudence, particularly with the creation of the figure of improper expulsion, which extends to the protection principle in reference to nationals and violations that do not necessarily imply an expulsion or non-admission.

KEY WORDS

Principle of non-refoulement; refugees, primacy of reality; right to equality; irregular expulsion

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la migración forzada obedece a una multiplicidad de factores. Entre estos, la falta de vivienda y hábitat digno, la ausencia de derechos y prestaciones sociales, la escasez de agua y alimentos, y conflictos bélicos y demás escenarios de violencia sistémica. Esta variedad de factores mueve a que año tras año aumente la cantidad de personas que se desplazan del territorio de un Estado a otro, en busca de mejorar su situación vital.¹

Junto al aumento de la migración forzada y el arribo de personas migrantes en situación de pobreza y vulnerabilidad a otros Estados, se ha experimentado una proliferación de los discursos sociales y políticos que demandan la expulsión, reducción y, en el mejor de los casos, la limitación y “regularización” de los extranjeros que han ingresado o pretenden ingresar al territorio nacional.² En algunas situaciones, los discursos que propugnan la restricción u obstaculización de las dinámicas de movilidad humana han llegado a materializarse en agendas y políticas gubernamentales, e inclusive en actos normativos que restringen o limitan los derechos de los migrantes que han decidido abandonar sus países por la existencia de riesgos latentes contra su vida, libertad o integridad.

Frente a este escenario, el principio de no devolución configura una garantía indispensable para la protección de estos grupos humanos, a los que de forma general puede llamárseles refugiados, toda vez que funciona como una norma que prohíbe la expulsión o no admisión de los mismos, cuando su vida, libertad u otros derechos conexos corran un riesgo cierto. Sin embargo, así como los fenómenos de movilidad humana evolucionan y se adaptan con el fin de adoptar estrategias más eficaces de supervivencia, los actos gubernamentales y no gubernamentales que buscan restringir los derechos de las personas refugiadas, impidiendo su ingreso o inserción en los Estados receptores, también han evolucionado acogiendo matices subrepticios e indirectos.³

En este contexto, la sentencia constitucional No. 983-18-JP/21 postula, con relación al contenido del principio de no devolución, la incorporación de la figura de la expulsión impropia. Esta figura ofrece una importante ventaja para responder a la problemática actual anti-refugiados, en tanto aboga por una protección que no se limita a las personas extranjeras en condición de refugiadas, sino que garantiza además la protección de los miembros de su grupo familiar e íntimo, que aun siendo nacionales del Estado receptor pueden sufrir

1 Paola Andrea Posada, “Refugiados y desplazados forzados. Categorías de la migración forzada creadas como medidas de contención a las migraciones no deseadas”, *Estudios Políticos*, Núm. 35 (Diciembre 2009): 136.

2 Fernando Arlettaz, “La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 49, Núm. 145 (abril 2016): 4-6.

3 Dunia Eduvijes Jara Solenazar y Jorge Morales Brito, “Política y discurso en el tratamiento al tema migratorio de la 4T”, *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. 15, Núm. 47 (junio 2021): 189.

actos de violencia o persecución debido a los vínculos que mantienen con las personas migrantes.

Asimismo, esta nueva institución jurídica plantea la posibilidad de acoger el principio de no devolución para solventar las violaciones de derechos humanos que padecen los refugiados, incluso cuando no se evidencie una intención explícita de su expulsión del territorio del Estado receptor, pero se los haga sufrir condiciones semejantes a las que existían en el lugar del cual huyeron. Es así como en el presente ensayo se revisarán críticamente las propiedades del principio de no devolución y los aportes de la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

2. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN: CONTENIDO NORMATIVO

En lo que atañe a la protección de la movilidad humana, el artículo 41 de la Constitución del Ecuador reconoce el “principio de no devolución” y el derecho a “la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia”.⁴ Por su parte, el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recogen el principio de no devolución en los siguientes términos:

Art. 33.1.- Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los 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.⁵

Art. 22. 8. En 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.⁶

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto a este principio, ha admitido que si bien su contenido no es uniforme en los diversos instrumentos internacionales, “esta dispersión no impide que su interpretación se pueda armonizar aún más cuando la Constitución, [...], prevé que la interpretación se efectuará [...], en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos”. La Corte ha elaborado una definición propia, identificándolo como un principio por medio del cual “las personas refugiadas se encuentr[an] protegidas por el derecho a la no devolución aun cuando no hayan sido admitidas legalmente en el Estado receptor, no p[udiendo] ser devueltas o expulsadas a un país, sea o no de origen, donde su vida, libertad, integridad o la de sus familiares peligren”.⁷

4 Artículo 41, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

5 Artículo 33.1, Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951.

6 Artículo 22.8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

7 Sentencia No. 897-11-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de agosto de 2020, párr. 70-71.

En cuanto a su fuerza normativa, el principio en referencia ostenta la categoría de norma de *ius cogens*, lo cual ha sido ratificado en la Declaración de Cartagena de Indias de 1984 y la Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR). En dichos instrumentos internacionales se ha confirmado su calidad de “principio imperativo”⁸ y de norma de “derecho internacional consuetudinario”,⁹ lo cual le otorga una jerarquía superior en la regulación y control de las relaciones de la comunidad internacional, así como al interior de los sistemas jurídico-políticos de cada Estado.

De manera especial, la calidad de *ius cogens* del principio de no devolución le propicia un carácter “coactivo, compulsorio, imperativo, absoluto, perentorio, terminante, inderogable, inmutable en esencia, pleno, que protege bienes sociales fundamentales”.¹⁰ Especialmente, en virtud de su inderogabilidad, no puede ser desconocido, limitado o eliminado por normas nacionales de un Estado particular. En palabras de Drnas de Clément, este principio tiene tal importancia que “la comunidad internacional considere su contenido de tan superior jerarquía como para no tolerar su derogación”.¹¹ Finalmente, la calidad de *ius cogens* le da a este principio un peso abstracto superior y la calidad de criterio cúspide de corrección, de tal forma que prevalece cuando colisiona con normas positivas internas, y obliga que aquellas deban adaptarse a su contenido so riesgo de ser invalidadas.

Empero, igual de trascendente que el conocimiento de la jerarquía, carácter y naturaleza de este principio, la comprensión de su contenido resulta fundamental. En efecto, únicamente entendiendo su extensión y ámbito tuitivo, puede asegurarse y abogarse por su preeminencia frente a otras normas, actos y hechos gubernamentales y no gubernamentales. Todo con el objetivo de responder y reparar violaciones, restricciones o amenazas dirigidas en contra de los derechos de las personas refugiadas.

De este modo, con base en las definiciones precitadas, se puede proponer un estudio del contenido del principio de no devolución que responda a un diseño de tres propiedades: (i) informalidad, (ii) interdependencia, y (iii) construcción, como esquema de interacción entre dos territorios o espacios.

8 Quinta conclusión, Declaración de Cartagena de Indias, 22 de noviembre de 1984.

9 Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 26 de enero de 2007, párr.16.

10 Zlata Drnas de Clément, “Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens). Dimensión sustancial”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, (Córdoba-Argentina): 12.

11 Id., 9.

1.1. INFORMALIDAD

La informalidad es una consecuencia del imperativo de brindar primacía a la realidad sobre la forma en la protección de las personas refugiadas. Se entiende por este mandato a la obligación de interpretar los actos, instituciones y hechos jurídicos “sin limitarse a atender las formalidades que los revisten. En correspondencia con los efectos jurídicos que ciertamente se producen, haciendo prevalecer el contenido del acto [institución o hecho] jurídico sobre su continente”¹².

La propiedad de informalidad del principio de no devolución abarca dos dimensiones de aplicación: una subjetiva, relacionada al estatuto de las personas y la determinación de su condición de refugiados; y otra objetiva, atinente a los actos y las formas en que se puede lesionar este principio.

1.1.1. INFORMALIDAD SUBJETIVA

En lo que respecta a la informalidad subjetiva, la primacía de la realidad exige que la protección de una persona bajo el estatuto jurídico de refugiado no esté supeditada a un reconocimiento formal por parte del Estado receptor, sino que sea exigible desde que se compruebe la concurrencia fáctica de las condiciones y requisitos que en el derecho internacional se han estandarizado para la configuración de esta categoría de protección humanitaria. Las condiciones y requisitos que debe cumplir un individuo para ser apreciado como persona refugiada pueden colegirse de la definición que ofrece el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados:

Artículo 1. - Definición del término “refugiado”

A. A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

2) (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.¹³

De igual manera, de la tercera conclusión de la Declaración de Cartagena de Indias de 1984, que califica como refugiado a aquellas personas que:

¹² Sentencia No. 47-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 39.

¹³ Artículo 1, Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951.

[Han] huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.¹⁴

En este sentido, la calificación de una persona como refugiada depende de que: (i) aquella haya huido de un espacio físico en donde su vida o integridad personal y/o la del grupo humano al cual pertenece, corran un peligro cierto e inminente; y (ii) siempre que dicho peligro sea de carácter ilegítimo, arbitrario, injustificado, desproporcionado o genere una grave violación a los derechos humanos.

En este marco, la Corte Constitucional del Ecuador ha concluido “que una persona será refugiada en tanto reúna los requisitos enunciados en las definiciones referidas en ambos instrumentos internacionales, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado por el Estado receptor”.¹⁵ Ello conlleva tener como probado que, en una dimensión fenomenológica, el reconocimiento estatal de la condición de refugiado tiene una naturaleza netamente declarativa o descriptiva y nunca constitutiva o fáctica, limitándose a describir (acto formal) un hecho que en la realidad existe con antelación e independencia (condición de refugiado).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en consonancia con esta línea, ha argumentado reiteradamente:

[E]l reconocimiento de la condición de refugiado tiene una naturaleza declarativa, y las personas refugiadas se encuentran protegidas por el principio y derecho a la no devolución aun cuando no hayan sido admitidas legalmente por el Estado receptor. En términos de la Corte Interamericana, la importancia de este principio y derecho radica justamente en que las personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones.¹⁶

De igual forma lo ha hecho el ACNUR, quien en su Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución, estipuló que:

Dado que una persona es refugiada según el significado de la Convención de 1951 en el momento en que reúna los criterios contenidos en la definición de refugiado, la determinación de la condición de refugiado es de naturaleza declarativa: una persona no se convierte en refugiada porque se le reconoce como tal, sino que se le reconoce porque es refugiada.¹⁷

14 Tercera conclusión, Declaración de Cartagena de Indias, 22 de noviembre de 1984.

15 Sentencia No. 897-11-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de agosto de 2020, párr. 61.

16 Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 150, 8 de septiembre de 2019, párr. 185.

17 Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención

Por consiguiente, con base en la dimensión subjetiva de la propiedad de informalidad, el espectro tuitivo de este principio acoge y protege por igual a refugiados reconocidos como a no reconocidos. Es decir, a quienes han sido calificados expresamente bajo esta fórmula por medio de un acto solemne de un órgano estatal (administrativo o judicial); y a quienes esta calidad aún no ha sido descrita por medio de un acto formal del Estado, sin perjuicio de que materialmente cumplan con los requisitos para ser protegidos.

1.1.2. INFORMALIDAD OBJETIVA

En lo que refiere a la dimensión objetiva de la informalidad, a través de esta se establece que los actos o hechos que violentan el contenido normativo del principio de no devolución, no se encuentran limitados a un catálogo de verbos específicos o a una modalidad *numerus clausus* de formas de expulsión o devolución. De ahí que, a pesar de que el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados,¹⁸ y el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹ de manera general emplean los verbos “devolver” y “expulsar” para delimitar la orden prohibitiva del principio de no devolución, las opiniones autorizadas del ACNUR y de varios tribunales internacionales de derechos humanos parecen coincidir en que dichas disposiciones deben interpretarse en un sentido amplio y extensivo. Ello con el fin de asegurar el mayor grado de vigencia de los derechos de las personas refugiadas, sin que se le deba otorgar a este principio un enfoque que se reduzca únicamente a los dos verbos rectores antes señalados.

Así, en la Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución, el ACNUR enfatizó que:

[l]a prohibición de no devolución ante un peligro de persecución según el derecho internacional de los refugiados es aplicable a toda forma de expulsión forzosa, incluyendo la deportación, expulsión, extradición, traslado informal o “entrega”, y la no admisión en la frontera en las circunstancias descritas más abajo.²⁰

Esta precisión sobre la amplitud de la forma en que debe interpretarse el alcance de los términos “devolver” y “expulsar” es de suma importancia, especialmente teniendo en cuenta que por mucho tiempo la jurisprudencia de algunos tribunales de tradición anglosajona, vincularon el término “*refouler*”, que constituye la variante francesa del verbo “devolver”, que fue utilizada en

sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 26 de enero de 2007, párr. 6.

18 Artículo 33, Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951.

19 Artículo 22.8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

20 Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 26 de enero de 2007, párr. 7.

el texto original de la Convención de Ginebra de 1951, con los verbos “hacer regresar” y “repeler”. Ello redujo el alcance del principio de no devolución a aquellas situaciones en las cuales la persona refugiada ya se encontraba admitida o ya había ingresado en el territorio nacional del Estado receptor.

Un ejemplo paradigmático de esta interpretación literal y restrictiva, se halla reflejado en la sentencia del caso *Sale c. Haitian Centers Council, Inc.* resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, en donde el voto de mayoría argumentó:

*This suggestion—that “return” has a legal meaning narrower than its common meaning—is reinforced by the parenthetical reference to “refouler,” a French word that is not an exact synonym for the English word “return.” Indeed, neither of two respected English-French dictionaries mention “refouler” as one of many possible French translations This suggestion—that “return” has a legal meaning narrower than its common meaning—is reinforced by the parenthetical reference to “refouler,” a French word that is not an exact synonym for the English word “return.” Indeed, neither of two respected English-French dictionaries mention “refouler” as one of many possible French translations to the extent that they are relevant, these translations imply that “return” means a defensive act of resistance or exclusion at a border rather than an act of transporting someone to a particular destination. In the context of the Convention, to “return” means to “repulse” rather than to “reinstate.” The text of Article 33 thus fits with Judge Edwards’ understanding that ‘expulsion’ would refer to a ‘refugee already admitted into a country’ and that ‘return’ would refer to a ‘refugee already within the territory but not yet resident there.’ Thus, the Protocol was not intended to govern parties’ conduct outside of their national borders.” *Haitian Refugee Center v. Gracey*, 257 U. S. App. D. C., at 413, 809 F. 2d, at 840 (footnotes omitted). From the time of the Convention, commentators have consistently agreed with this view.²¹*

Al contrario del criterio de la Corte Suprema de Estados Unidos, en la actualidad la opinión mayoritaria consiste en aceptar que el principio de no devolución no solo protege la expulsión de personas desde el territorio nacional de un Estado receptor hacia otro, sino que incluye los actos cometidos en “altamar, fronteras o de cualquier otro espacio geográfico distinto al suyo”.²² Por lo tanto, es plenamente aplicable para situaciones de expulsión, devolución, regreso o no admisión ejecutadas en embajadas, residencias diplomáticas, bases militares, embarcaciones estatales, concesiones en el extranjero u otras.

21 *Sale c. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993), Corte Suprema de los Estados Unidos, 21 de junio de 1993, sección A. “El texto de la convención”.

22 Yara Zulay Riascos Valencia, “Principio de no devolución y su aplicación extraterritorial. Pilar fundamental en el marco del derecho de los refugiados”, *Trans-pasando Fronteras*, Núm. 16 (Cali-Colombia, 2020): 17.

1.2. INTERDEPENDENCIA

En lo que atañe a la interdependencia del principio de no devolución, es importante resaltar que tal interdependencia se manifiesta tanto en un sentido causal como en un sentido consecutivo o final. De esta forma, si se parte de una conceptualización de interdependencia como aquella relación de reciprocidad que se manifiesta en los derechos y principios, ya sea porque uno es efecto del otro, o porque sus contenidos comparten elementos, reglas o fines comunes; podemos decir que el contenido del principio de no devolución reproduce una interdependencia causal con el derecho a la igualdad, y una interdependencia consecutiva o final con los derechos a la vida, la libertad, la integridad personal-familiar y otros conexos.

Para comprender esto, es necesario advertir que el principio de no devolución se estructura con fundamento en dos componentes esenciales: (i) un antecedente antidiscriminatorio o de interdicción de la arbitrariedad, y (ii) un consecuente organizado bajo la forma de una disposición prohibitiva; lo cual se puede esquematizar de la siguiente manera:

(i) Si: “a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”, “la vida o a la libertad personal [de un extranjero] está en riesgo de violación”.²³

(ii) Se sigue que: “ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligrar”.²⁴

1.2.1. ANTECEDENTE ANTIDISCRIMINATORIO

Respecto al antecedente antidiscriminatorio se puede evidenciar que persigue como finalidad vetar distinciones no justificadas (adoptadas por motivos raciales, de nacionalidad, de religión, u otros –categorías sospechosas–) y evitar que dicha distinción tenga una consecuencia lesiva, esto es, que ponga en riesgo la vida, la libertad, la integridad u otro derecho de la persona en condición de movilidad humana. Dentro de este aspecto, vale recordar que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación configura una norma de *ius cogens*, que aborda al menos cuatro dimensiones que se relacionan entre sí: la formal, la material, la estructural, y la dimensión argumentativa o de racionalidad de la igualdad (transversal a las otras).

²³ Artículo 33.1, Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; y artículo 22.8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

²⁴ Id.

La igualdad formal “procura sustraer del ordenamiento jurídico cualquier diferenciación realizada entre personas en igualdad de condiciones, que se compruebe como no motivada y que provoque consecuencias nocivas para la parte que es sujeto de la distinción”.²⁵ La igualdad material, impele al Estado a “trabajar para que los efectos negativos provocados por el valor que se le da a ciertas categorías sociales que ubican de forma desventajosa a las personas dentro de la sociedad, desaparezcan (sexo, raza, religión, condición migratoria, etcétera)”.²⁶

La igualdad estructural, por su parte, busca garantizar la “dotación de recursos de todo tipo (educación, dinero, capital social, lengua, aspecto, etcétera), que dependen de la pertenencia a una u otra clase social, género o raza”, y la necesidad de su distribución equitativa a través de “políticas estructurales que faciliten la inclusión”.²⁷ Por último, la dimensión argumentativa o de razonabilidad de la igualdad, se enfoca en vigilar que las distinciones, medidas y políticas públicas adoptadas por los órganos estatales y por los particulares se encuentren justificadas mediante razones comprobables y objetivas.

1.2.1.1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

De forma habitual, los estudios sobre el vínculo causal que ocupa el principio de igualdad con el de no devolución, han parecido estar circunscritos a la dimensión formal del primero. Así, se ha venido explicando a las violaciones del principio de no devolución como un fenómeno relativo a la vigencia y eficacia de las disposiciones jurídicas, es decir, como afectaciones a dos de las propiedades clásicas de las normas: su vigencia formal y su eficacia material.

Con esta lógica, el presupuesto antidiscriminatorio del principio de no devolución podría lesionarse. Primero, porque entre en vigencia una disposición jurídica discriminatoria que expulse o impida el ingreso de personas con la calidad de refugiados a un Estado receptor. Segundo, a través de una vía de hecho que, en desconocimiento y contravención del principio de igualdad contemplado en el ordenamiento jurídico del Estado, actúe contrariando a este.

En el primer caso, la discriminación se efectúa en una dimensión formal o normativa, a través de la entrada en vigencia de una prescripción jurídica que introduce una distinción no justificada (discriminatoria). En el segundo supuesto, la contravención del principio responde a la falta de eficacia de

25 Fernando Bajaña Tovar, “Hacia un análisis estructural del derecho a la salud y la igualdad: Con propósito de las medidas laborales adoptadas por el Estado ecuatoriano durante la pandemia del covid-19 en 2020”, *Revista de Derecho Público*, Núm. 95 (Diciembre 2021): 8.

26 Ibid.

27 Ramón Máiz Suárez, “De la economía a la ética, ¿Qué fue de la Política? Para una teoría estructural de la igualdad”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 174 (Enero 2016): 19.

las normas, en la medida de que, pese a existir una norma que garantiza la igualdad y prohíbe la discriminación, ésta es desconocida en un plano fáctico, mediante una vía de hecho.

Como ejemplos de lesiones al principio de no devolución causadas por la vigencia de actos normativos discriminatorios, se pueden enumerar la Chinese Exclusion Act de 1882, que prohibió el ingreso de ciudadanos chinos a los Estados Unidos, indistintamente de las razones que hubiesen motivado su inmigración;²⁸ la Executive Order 13769 de 2017, firmada en el gobierno de Donald Trump, que suspendió por 120 días el Programa de Admisiones a Refugiados de los Estados Unidos (USRAP), para ciudadanos provenientes de Irán, Irak, Libia, Somalia, Sudan, Siria, y Yemen.²⁹ Además, el “Decreto Salvini” de 2018 que eliminó la categoría de protección humanitaria como causal para la concesión de permisos de residencia a refugiados.³⁰

Por otro lado, son ejemplos de contravenciones producidas por la falta de eficacia de las normas, los casos de expulsiones colectivas de ciudadanos venezolanos por parte del Estado ecuatoriano, conocidas y resueltas en la sentencia de la Corte Constitucional No. 639-19-JP/20.³¹ Asimismo, la expulsión colectiva de ciudadanos haitianos de República Dominicana con violación del debido proceso que fue materia del caso Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³²

En estos dos últimos casos, la violación del principio de no devolución no obedeció a un acto normativo que ordenase tales expulsiones, sino que respondió a conductas que restaban eficacia a las normas vigentes en dichos Estados, mismas que de forma expresa recogían el principio de igualdad y no discriminación, el derecho al debido proceso y hasta al propio principio de no devolución (al menos en su bloque de constitucionalidad).

Sin embargo, no todo acto normativo o conducta material que ordene la devolución o no admisión de una persona en condición de movilidad debe ser calificado *ipso facto* como una violación al principio de no devolución. De hecho, la propia Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados en su artículo 33.2 admite que, por razones fundadas, es decir comprobadas, podrá no aplicarse el contenido tutelar del principio de no devolución:

28 Chinese Exclusion Act, 47th United States Congress, 6 de mayo de 1882.

29 Executive Order 13769. Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States (Muslim ban), President of the United States of the America, 27 de enero de 2017.

30 Decreto No. 113/2018. Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. (18G00140), Presidente della Repubblica Italiana, 4 de octubre de 2018.

31 Sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de octubre de 2020.

32 Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de octubre de 2012.

Art. 33.2.- Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.³³

Con relación a esto, las herramientas de escrutinio empleadas por la dimensión argumentativa o de razonabilidad de la igualdad son las que van a permitir diferenciar entre un acto con intenciones o efectos discriminatorios de otro apegado a derecho, y en consecuencia diferenciar entre un acto que lesiona al principio de no devolución de uno que no lo hace.

En relación a esta dimensión de la igualdad, la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia No. 28-15-IN/21, determinó que los niveles de escrutinio de un aparente trato arbitrario o discriminatorio, varían de medio a estricto, según afecten a una categoría protegida o sospechosa. Asimismo, añadió que, no obstante, de que el artículo 11.2 de la Constitución de la República del Ecuador reproduce una serie de categorías tuteladas por el principio de igualdad, esto no implica que todas aquellas deban tener un mismo nivel de protección, siendo las categorías sospechosas las que están sujetas a un mayor grado de escrutinio.³⁴

En este sentido, se estableció que, inclusive no existiendo un catálogo jurídico que identifique taxativamente a los grupos afectados por categorías sospechosas, pueden manejarse algunos criterios para establecer una presunción de inconstitucionalidad respecto de los actos ejecutados hacia ciertos grupos, para lo cual se debe comprobar que:

1. El grupo es un sujeto de discriminación; 2. El grupo es desaventajado y ha sido sistemáticamente discriminado; 3. El grupo ha sufrido –históricamente– o sufre una extensión e intensidad de discriminación en mayor grado; o 4. Los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variarse con la voluntad de la persona.³⁵

De este modo, dependiendo de si la distinción se la ha realizado motivada por una categoría protegida o una categoría sospechosa, la dimensión argumentativa de la igualdad ordenará realizar un test estricto o medio de igualdad/proporcionalidad.

Para ambos exámenes se utilizan como base el análisis de los siguientes parámetros: “(i) la comparabilidad de los sujetos o titulares de derechos; (ii) la

³³ Artículo 33.2, Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. 1951.

³⁴ Sentencia No. 28-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021.

³⁵ Id., párr. 146.

constatación de si existe un trato diferenciado, con base en una de las categorías contempladas en el número 2 del artículo 11 CRE; y (iii) la verificación de si la diferencia es justificada o discriminatoria”.³⁶ Empero, en el caso de distinciones ejercidas con miramientos en una categoría sospechosa, adicionalmente deberá estudiarse la proporcionalidad de lo actuado, cerciorándose las siguientes variables:

- (i) el fin de la distinción es constitucionalmente imperioso; no sólo constitucionalmente legítimo o válido; además, se debe evaluar que: (ii) la medida sea perfectamente diseñada para el fin, en cuanto a su idoneidad; (iii) la medida sea la única idónea y la menos gravosa en lo referente a su necesidad y (iv) la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad.³⁷

Ahora bien, es necesario reparar en que las variables enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2 de la CRE se encuentran escritas como formulaciones lingüísticas generales. De ahí que requieran ser aterrizadas en un hecho u objeto concreto, o acompañarlas con una variable más específica (de la misma especie), para comprender si se trata de una categoría sospechosa o de una protegida.

En lo que atañe a la condición de movilidad humana, el artículo 11.2 de la CRE determina al “lugar de nacimiento” y a la “condición migratoria” como variables protegidas por el principio de igualdad.³⁸ Sin embargo, como antes se mencionó, fórmulas generales como éstas no permiten colegir *prima facie* si configuran categorías protegidas o sospechosas, para lo cual habrá que aterrizirlas en alguna noción más concreta. En efecto, no es lo mismo una diferenciación realizada bajo la categoría “condición migratoria-inversionista extranjero”, que una bajo la noción “condición migratoria-refugiado”.

En el caso específico de la categoría “condición migratoria-refugiado”, esta se encuadra dentro la concepción de categoría sospechosa, en tanto que, en palabras de la Corte IDH, reconoce a un grupo humano en situación de vulnerabilidad y en un estado “de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes [...]”.³⁹ Esta condición de vulnerabilidad tiene “una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de *iure* [...] y de *facto* [...]”.⁴⁰ A lo que habrá que añadirle que “[e]xisten también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de

36 Id., párr. 155.

37 Id., párr. 152.

38 Artículo 11.2, Constitución de la República del Ecuador.

39 Opinión Consultiva OC18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2003, párr. 112.

40 Id., párr. 120.

vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad”.⁴¹

Con esto, el razonamiento y calificación que hace la Corte IDH sobre la situación de las personas refugiadas, se adecúa a los presupuestos previamente mencionados que la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido para el reconocimiento de discriminaciones ejecutadas con base en categorías sospechosas, a saber, ser un grupo que adolece de una desventaja sistémica y que es discriminado de forma intensa con base en factores difíciles de revertir (culturales, ideológicos, etc.); por lo que todo análisis de una eventual violación al derecho a la igualdad que vincule derechos de refugiados deberá observar una fórmula de escrutinio estricto.

1.2.2. CONSECUENTE PROHIBITIVO

El consecuente prohibitivo contenido en el principio de no devolución impide a los Estados “por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran”.⁴² En este orden de ideas, el principio en referencia busca prohibir todo acto forzado que tenga como finalidad poner en riesgo los derechos de un refugiado al ser ubicado en una jurisdicción donde corra peligro inminente.

Ahora bien, con relación a este asunto es pertinente efectuar cuatro aclaraciones. Como primer punto, se debe tener en consideración que el consecuente prohibitivo del principio de no devolución resiste con una misma rigurosidad a los actos lesivos de naturaleza positiva como a los de carácter negativo. En este sentido, no sólo recrimina aquellos actos que involucran un movimiento físico que propicie la salida de las personas refugiadas de un lugar donde el Estado receptor ejerza su jurisdicción, tales como expulsiones, devoluciones, deportaciones o extradiciones (acto positivo). Sino también censura aquellas omisiones deliberadas del Estado receptor que impiden la protección de una persona refugiada, como en los supuestos de “no admisión” en frontera, en donde el Estado se abstiene de acoger en su jurisdicción a una persona que cumple con los requisitos y condiciones del estatuto de refugiado (acto negativo).

Por otra parte, como segundo punto, es trascendental evidenciar que el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos justifican la prohibición de expulsión o devolución de personas refugiadas bajo una premisa pro garantía de los derechos a la vida y la libertad,

⁴¹ Id., párr. 113.

⁴² Artículo 33.1, Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

indicando que no se debe “poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligré”.⁴³ La referencia expresa a estos dos derechos no debe entenderse como una enunciación *numerus clausus*, sino únicamente como una expresión ejemplificativa o *numerus apertus*. En esta línea, el consecuente prohibitivo del principio de no devolución tiene como objetivo imposibilitar el traslado de “ningún individuo a otro país si esto causara su exposición a graves violaciones de sus derechos humanos [de forma general]”.⁴⁴ Por ende, debe activarse para frenar cualquier amenaza de daño inminente o irreparable de cualquiera de los derechos inherentes a la dignidad humana, tales como el derecho a la integridad personal, psíquica y sexual, a una vida libre de tortura, a la salud, al agua, entre otros.

Como tercer punto, ratificando lo que se manifestó anteriormente, el campo semántico del consecuente prohibitivo no debe ser interpretado de manera literal y reducirlo a los supuestos de expulsión o devolución del “territorio nacional” de un Estado receptor, sino que debe entenderse que es plenamente extensible donde quiera que el Estado en cuestión ejerza jurisdicción. Así, su campo de acción incluye actos ejecutados en embajadas, consulados, residencias diplomáticas, inmuebles en el exterior, bases militares en el extranjero, entre otras. Por consiguiente, debe reconocer que la plena vigencia formal y material del principio de no devolución demanda y conlleva su aplicación extraterritorial.

Finalmente, como cuarto punto, además de la extraterritorialidad del principio de no devolución, es necesario tener en consideración que su consecuente prohibitivo es extensible “a toda forma de expulsión forzosa, incluyendo la deportación, expulsión, extradición, traslado informal o «entrega», y la no admisión [injustificada] en la frontera”.⁴⁵ No existiendo una restricción a la ejecución de los verbos rectores descritos en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: devolver y expulsar.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han identificado cuatro modalidades que pueden adoptar los actos que prohíbe el *scope* del principio de no devolución. Estas son: lesiones directas, indirectas, formales y encubiertas. Las (i) lesiones directas vendrían siendo aquellas que tienen como objeto enviar a la persona migrante hacia su país de origen u a otro donde corra riesgo su vida, libertad, integridad u otros derechos; y (ii) las indirectas, aquellas donde el Estado receptor envía forzosamente al migrante hacia un tercer país, desde el cual pueda ser expulsado al lugar del cual huyó u a otro donde sus derechos peligran.⁴⁶

43 Id.

44 Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 26 de enero de 2007, párr.17.

45 Id., párr. 7.

46 Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2013, párr. 153.

Por su parte, (iii) las lesiones formales son aquellas que han sido precedidas por una actuación administrativa o jurisdiccional exteriorizada y formal;⁴⁷ mientras que las (iv) encubiertas, son aquellas en donde existe una salida forzosa de la persona migrante producto “de acciones u omisiones de dicho Estado o de situaciones en que ese Estado apoye o tolere actos cometidos por sus ciudadanos con miras a provocar la salida de personas de su territorio”.⁴⁸

Sobre las expulsiones encubiertas, la Corte Constitucional en la sentencia 983-18-JP/21 planteó varios casos ejemplificativos que permiten observar de mejor forma el modo en que operan las lesiones encubiertas. La Corte enuncia como un caso arquetípico de este supuesto a las privaciones injustificadas de servicios básicos y derechos esenciales a las personas refugiadas, siempre que dicha privación tenga como resultado la materialización de un escenario lesivo semejante al del ambiente que padecía la persona refugiada en el lugar del cual huyó. Ello con el objetivo de que el refugiado se vea impelido a abandonar la jurisdicción del Estado receptor:

En este sentido, recrean un ejemplo típico de devoluciones y expulsiones encubiertas, los casos de privación injustificada de servicios públicos y derechos esenciales a personas extranjeras, como el acceso al agua, a la alimentación, al trabajo, a la vivienda, a la salud, a la educación, etc.; en la medida en que se pone al extranjero en un escenario altamente lesivo para su integridad física, comparable al que ya habían sufrido en el lugar del cual huyeron, no dejándoles más alternativa -en el mejor de los casos- que la de regresar al territorio del cual huyeron o salir hacia el territorio de un tercer Estado, en donde consigan acceder a los servicios y derechos que les fueron privados.⁴⁹

Adicionalmente, en la sentencia 983-18-JP/21 se corroboró la fuerte interrelación que existe entre el principio de no devolución y el derecho a la salud, concluyendo que constituían formas de expulsión encubierta la privación del acceso a prestaciones de salud a personas migrantes, especialmente en escenarios en los que se requiera de una atención sanitaria de urgencia:

Con esto, el negar atención de salud de emergencia a personas en condición de movilidad humana en zonas fronterizas, que por su grave situación necesiten un diagnóstico y tratamiento urgente, como sucede en los casos de heridas profundas, apariciones súbitas de cuadros graves, empeoramiento de enfermedades crónicas, trabajos de parto, hemorragias abundantes, quemaduras severas, entre otras; siempre que dicha negativa obligue a las personas migrantes, a atravesar la frontera de regreso al país del cual huyeron o del cual llegaron, debe tenerse como una forma patente de devoluciones o expulsiones encubiertas.⁵⁰

47 Sentencia No. 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de agosto de 2021, párr. 230.

48 Sexto informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial. Documento A/CN.4/625 y Add.1 y 2, Organización de Naciones Unidas, párr. 42.

49 Sentencia No. 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de agosto de 2021, párr. 231.

50 Id., párr. 232.

1.3. ESQUEMA DE INTERACCIÓN ENTRE DOS TERRITORIOS O ESPACIOS

En cuanto a la última propiedad del principio de no devolución, de todo lo analizado se puede deducir que, en su concepción clásica, este principio ha estado ligado a un esquema de interacción entre dos territorios o espacios. El principio procura impedir que las personas refugiadas sean devueltas o expulsadas a otra jurisdicción, o no admitidas en la jurisdicción de un Estado receptor cuando sus derechos peligren. De esta suerte, sea que el acto lesivo sea de naturaleza positiva (expulsar, extraditar, devolver, etc.) o negativa (no admitir), la lógica con la cual opera el principio de no devolución responde a una relación de interacción entre dos espacios de diferente jurisdicción o soberanía.

En síntesis, en su construcción tradicional, el principio de no devolución tiene como finalidad:

- (i) O prohibir que una persona que se encuentre en el territorio o lugar donde un Estado receptor ejerza soberanía (bases, agencias, embajadas, etc.) sea obligada a transitar hacia un lugar que resulte lesivo para su integridad y dignidad;
- (ii) O impedir que a una persona que cumpla con las condiciones y requisitos para ser considerada refugiada se le obstaculice o prohíba de forma injustificada ingresar al territorio o lugar donde un Estado receptor ejerza soberanía.

Así, la operatividad de este principio ha dependido de la posibilidad de esbozar una relación de tránsito interrumpido o de tránsito forzado entre las circunscripciones de un Estado de origen o tránsito (E_{OvT}) y de uno receptor (E_R).

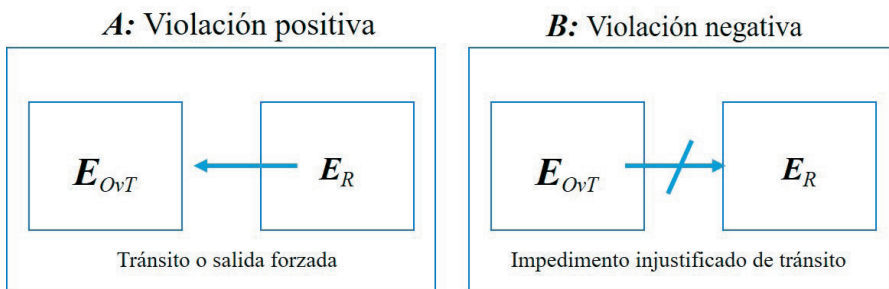


Gráfico 1: Esquemas de violación al principio de no devolución.⁵¹

Ahora bien, las formas involucradas en el esquema de interacción entre dos territorios pueden ser vistas en un parangón con las formas en que se puede ejercitar la libertad de locomoción entre dos jurisdicciones diferentes (derecho

⁵¹ Gráfico de construcción del autor.

a migrar); derecho que para lo que concierne a este ensayo se puede violentar ya sea por un tránsito forzado (migración o locomoción no volitiva) o por un impedimento de tránsito (restricción a la libertad de migración o locomoción).

Esto último serviría para advertir que el remedio procesal para la vulneración de este principio residiría *prima facie* en la acción de *habeas corpus*, garantía jurisdiccional que de conformidad con el artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (LOGJCC), tiene como objeto “proteger la libertad [...] de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona”.⁵²

Así, en el caso de no admisión de un refugiado, los agentes estatales estarían ejecutando un impedimento u obstaculización del tránsito. Ello sería razón suficiente para que se active un *habeas corpus* restringido, que en palabras de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana sirve para “los casos donde la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que configuran una seria restricción para su ejercicio”.⁵³

Mientras que en el caso de expulsiones o devoluciones propiamente dichas, el artículo 43.1 de la LOGJCC expresamente dispone que el *habeas corpus* procederá para proteger el derecho de una “persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad”.⁵⁴

Sin embargo, las posibles vulneraciones al principio de no devolución en la comunidad internacional actual, no se limitan a ejercicios de expulsión y no admisión. Es por esto que este esquema presenta dos desventajas a la hora de cubrir la multiplicidad de situaciones que se manifiestan en la actualidad producto del dinamismo inherente al fenómeno de movilidad humana.

Primero y particularmente, no tutela aquellas situaciones donde las personas refugiadas sin ser expulsadas del país receptor sufren condiciones lesivas semejantes de las cuales huyeron. Segundo, no protege a aquellas personas que no son extranjeras y que siendo nacionales del país receptor forman parte del núcleo familiar o personal del refugiado. Estas dos debilidades de la noción clásica fueron advertidas en el análisis de la sentencia constitucional No. 983-18-JP/21, lo cual motivó a que en el precitado fallo se amplíe el espectro tuitivo del principio de no devolución a una dimensión inmaterial, acogiendo además a nuevos titulares.

52 Artículo 43, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R.O. Segundo Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009.

53 Sentencia No. 253-20-JH/22, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de enero de 2022, párr. 168.

54 Artículo 43.1, LOGJCC.

2. CAUSA No. 983-18-JP: ANTECEDENTES Y SENTENCIA

El 22 de mayo de 2015, los señores J.N.B.Q. y J. L.C., de nacionalidad colombiana, huyendo del conflicto armado de este país, ingresaron a territorio ecuatoriano con la finalidad de solicitar refugio. El 7 de junio de 2015, la señora J.L.C. ingresó al Hospital General Provincial “Luis G. Dávila” (hospital provincial de Tulcán, Ecuador), para ser atendida en labores de parto, naciendo su hijo F.B.L. a las 19:49 horas. Luego del nacimiento, el hospital comunicó a los padres del neonato por lo menos cuatro diagnósticos distintos sobre su cuadro clínico, a pesar de conocer con antelación el cuadro clínico de incompatibilidad sanguínea de la madre y el niño. Después de confirmado el diagnóstico, el hospital provincial informó a los padres sobre la carencia de insumos para realizar el tratamiento médico requerido (exanguinotransfusión), proponiéndoles regresar a Colombia porque en dicho país la pareja contaba con un seguro médico.

Ante la negativa de los padres de regresar a Colombia por el riesgo vital que corrían en dicho país, el personal médico del hospital les propuso que asumieran los costos de los insumos médicos (pintas de sangre), que podrían adquirirse en otra localidad ecuatoriana, o encargarse de la transportación de este insumo, toda vez que el hospital provincial carecía de una ambulancia. Ante la negativa e imposibilidad de los padres de solventar los costos, el hospital aconsejó enviar al niño sin acompañantes hacia Ipiales, Colombia, propuesta que también fue rechazada por los padres.

Ante la reiterada negativa de los padres del niño, inclusive agentes de la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN) intentaron hacerles firmar un documento asumiendo la responsabilidad por la salud y vida del niño. Finalmente, el 8 de junio, a las 11h10, el hijo de los señores J.N.B.Q. y J. L.C. falleció sin haber recibido el tratamiento médico requerido. La Corte decidió declarar la vulneración de los derechos a la salud, a la vida, al ISNNA, a la igualdad y no discriminación, a la prohibición de devolución, a la tutela judicial efectiva y a la reparación integral del niño F.B.L. y los accionantes.

2.1. LA CATEGORÍA DE EXPULSIÓN IMPROPIA

Analizando las particularidades del caso No. 983-18-JP/21, la Corte Constitucional del Ecuador introduce un replanteamiento del principio de no devolución e innova respecto a los límites ontológicos de sus propiedades. Por medio de este precedente constitucional, se admite que el espectro tuitivo del principio de no devolución pueda proteger a personas que no gozando de la calidad de extranjeros formen parte del núcleo familiar o personal de una que sí

goce de dicho estatuto (informalidad subjetiva). Adicionalmente, incluye como actos que pueden lesionar al principio de no devolución a aquellos que no involucran ninguna forma de tránsito o impedimento de tránsito, lo que hace viable que se pueda lesionar este principio dentro del propio Estado receptor (informalidad objetiva).

Esto conlleva a que, con relación al consecuente prohibitivo de este principio (interdependencia), quede vetada no solamente la expulsión, devolución o no admisión de una persona refugiada, sino que se prohíba también que los Estados receptores creen en su propio territorio o jurisdicción nacional un ambiente que lesione o amenace gravemente los derechos de las personas refugiadas, incluso cuando aquello no traduzca la salida forzosa de refugiados hacia el Estado del cual arribaron o hacia un tercer Estado. El esquema de interacción entre dos territorios o espacios, que constituía la tercera propiedad tradicional del principio de no devolución, también se verá innovado con la introducción de la categoría de expulsión impropia, toda vez que ya no será necesario un acto positivo de tránsito forzado o negativo de inadmisión para declarar la vulneración del principio de no devolución, pudiéndose lesionar dentro del propio Estado receptor.

2.1.1. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DE LA EXPULSIÓN IMPROPIA

En palabras de la Corte Constitucional, la expulsión impropia se caracteriza por el hecho de que la víctima no es una persona extranjera, sino que es un nacional del país receptor con algún tipo de vínculo familiar o personal con la persona refugiada. En estos casos, el Estado receptor persigue por medio de la expulsión de un nacional, que la persona migrante se encuentre en la necesidad de salir del territorio o jurisdicción del Estado receptor con el objeto de precautelar la vida, libertad o integridad del nacional expulsado, con el cual mantiene algún vínculo familiar, de cuidado o personal, que pueda llegar a correr algún tipo de peligro en el Estado al cual fue expulsado:

De esta manera, si bien de forma general los actos de devolución o expulsión tienen como sujeto pasivo o víctima a las personas migrantes, puede darse el caso, en el cual la devolución o expulsión se encuentre direccionada hacia aquellos nacionales que forman parte del núcleo familiar del migrante o que se encuentran bajo su cuidado o custodia. Este tipo de expulsiones y devoluciones que se llevan en contra de propios nacionales suele tener como objetivo el obligar al migrante a que abandone el territorio del Estado receptor, a fin de evitar o cesar cualquier amenaza o violación a la integridad física o a la vida que puedan sufrir en ese otro país sus familiares o las personas que están sujetas a su cuidado como consecuencia del vínculo personal que mantienen con él.⁵⁵

⁵⁵ Sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 233.

A esta forma de expulsión impropia, se la puede denominar expulsión impropia subjetiva o de dimensión subjetiva, en la medida en que lo que difiere de la visión tradicional de los actos de expulsión, devolución o no admisión, reside en el sujeto pasivo: un nacional. Sin embargo, es importante precisar que la calificación de un acto como de expulsión impropia subjetiva, depende de la concurrencia de dos elementos: (i) el acto lesivo, que está dado por la expulsión de una persona con la nacionalidad del Estado receptor (*actus*), y (ii) la intención de que mediante dicha expulsión, la persona refugiada que comparte un vínculo personal o familiar con la expulsada se vea compelida a abandonar el Estado receptor, con el propósito de intentar precautelar la integridad y derechos del sujeto nacional (*animus*) en el territorio al cual fue expulsado.

Una noción semejante a la de expulsión impropia subjetiva, puede reconocerse en el concepto de “desnacionalización” desarrollado por la Corte IDG a partir del caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana*, el cual analizó las expulsiones ejecutadas por el gobierno de República Dominicana, entre los años 1999 y 2000, de varias familias de inmigrantes haitianos con descendencia nacida en territorio dominicano. En estos casos las familias eran expulsadas hacia Haití de forma completa, incluyendo a los inmigrantes haitianos y a sus hijos dominicanos, a los que además se les requisaba y destruía sus documentos de identidad, a efectos de que no puedan reclamar sus derechos como ciudadanos de República Dominicana.⁵⁶

Sin embargo, lo que diferencia a las expulsiones impropias subjetivas de los fenómenos de desnacionalización, es que en este segundo supuesto, la expulsión de las personas extranjeras se ejecuta de forma directa y en conjunto con las nacionales, y no de manera indirecta, a través de un acto que se ejecuta en un nacional. Pero ambas figuras se asemejan por el hecho de operar a través de un dispositivo discriminatorio que funciona en razón del origen familiar y/o de las relaciones interpersonales.

De hecho, el sujeto nacional que se expulsa es aquel que tiene algún parentesco por consanguinidad o afinidad con el refugiado, o algún tipo de relación cercana con aquel. Siendo esta la variable determinante para su expulsión, al punto de que si su contexto familiar o de relaciones interpersonales no incluyera el vínculo con un refugiado, la causa para expulsarlo desaparecería.

Sobre este asunto, la sentencia constitucional No. 983-18-JP/21, es clara al demostrar que la violación del principio de no devolución en dicho caso, respondió a un ejercicio de discriminación en contra del niño F.B.L. Con esto, al verificar los tres elementos que la jurisprudencia ha estandarizado para la comprobación de un trato discriminatorio (comparabilidad, uso de una

⁵⁶ Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2014.

categoría sospechosa o protegida y efectos negativos del resultado), constató, con relación a la comparabilidad, que las prácticas del sistema de salud pública del Ecuador diferenciaba entre los pacientes hijos de padres ecuatorianos, de aquellos hijos de padres extranjeros: “En el presente caso la comparabilidad se advierte con respecto a dos grupos claramente diferenciados, por un lado, los niños nacidos de padres ecuatorianos y, por otro lado, aquellos niños hijos de padres colombianos”.⁵⁷

Luego, en lo relativo a la revisión de la categoría con base en la cual se hizo la diferenciación, la Corte Constitucional precisó que para el caso en concreto se había empleado la categoría “nacionalidad de los padres”.⁵⁸ Esta constituía una categoría sospechosa, sin perjuicio de que no se encontraba contenida de forma expresa dentro de las variables que enuncia el artículo 11.2, ratificando el carácter no taxativo (*numerus clausus*) de dicha disposición constitucional.

Sobre este punto, destaca en el análisis de la Corte Constitucional, la gravedad de los hechos que se prueban a través las evidencias documentales aportadas por los propios órganos del sistema de salud pública del Ecuador, como la historia clínica elaborada por el Hospital General Provincial de Tulcán “Luis G. Dávila” y el Informe Técnico de la Dirección Nacional de Calidad de los Servicios de Salud, donde se prueba la negativa de los centros de salud ecuatorianos de prestar servicios sanitarios a la víctima y enviarla hacia Colombia, por el solo hecho de ser hijo de colombianos:

07/06/2015. 23h00. [...] Se informa al padre y madre sobre el estado del paciente que se encuentra crítico para poder realizar transferencia a Hospital de Ipiales debido a que padres tienen nacionalidad colombiana, sin embargo, padre y madre refieren que no aceptan la transferencia a Colombia porque “Regresar a Colombia pone en riesgo sus vidas”.⁵⁹

A pesar de que el objetivo de las acciones tomadas era preservar la vida del paciente, la información brindada a los padres del paciente, en relación de la posibilidad de una transferencia a Colombia, se enfocó en la nacionalidad de los padres, con el beneficio de contar con un seguro de salud colombiano vigente.⁶⁰

Ello quedó reafirmado a partir del testimonio de los accionantes, no objetado ni rechazado por los representantes del sistema de salud pública ecuatoriana, con base en el cual la Corte Constitucional reconoció que “la red pública de salud ecuatoriana manifestó su negativa de transferir o derivar al niño F.B.L. (...) debido a la nacionalidad de sus progenitores”⁶¹:

57 Sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 207.

58 Id., párr. 209.

59 Id.

60 Id., párr. 210.

61 Id., párr. 211.

[...] le fue dicho por parte de los miembros del hospital, que establecieron que el sistema de referencia y contrarreferencia le habían indicado que si es que ellos eran colombianos no había cupo en el sistema nacional.

Sin embargo, el accionado en este proceso respondió y les dijeron a mis defendidos de forma expresa y conforme consta en sus testimonios que si ellos eran colombianos el sistema de salud ecuatoriano no tenía cupo para ellos, lo cual resulta absolutamente discriminatorio para los comparecientes de manera directa por su nacionalidad de origen, y también discriminatorio para F.B.L. quien recibió un tratamiento discriminatorio en virtud de la condición de sus progenitores.⁶²

Finalmente, en lo que atañe a la verificación del resultado, la sentencia constitucional concluye que la privación del acceso a servicios sanitarios de la víctima y el intento de enviarlo a Colombia (expulsión impropia), no tuvo una justificación objetiva o razonable para diferenciar entre “los niños ecuatorianos de padres ecuatorianos y los niños ecuatorianos de padres colombianos”.⁶³

Lo revisado comprueba el dispositivo discriminatorio que activa la expulsión impropia, donde un ciudadano nacional recibe un trato diferenciado, con la finalidad de conseguir de su envío o expulsión hacia un país del cual huyeron sus familiares o personas cercanas que están en el territorio del Estado receptor en calidad de refugiados. Esta discriminación que se produce con motivo de las relaciones familiares o interpersonales del sujeto nacional del país receptor, revela la conexión que puede llegar a existir entre la categoría de expulsión impropia subjetiva y la contravención del derecho a la unidad familiar de las personas en condición de movilidad humana, y de las niñas, niños y adolescentes migrantes.

La protección del derecho a la unidad familiar obliga a los Estados a no ejecutar ningún tipo de acción que pueda implicar la separación o división de las familias migrantes, y a la vez los constriñe a ejecutar medidas materiales y adoptar políticas públicas para promover y garantizar el mantenimiento de la unidad familiar de las personas en condición de movilidad humana, al igual que su reunificación en caso de que se encuentren separadas o divididas por los periplos migratorios.

En este sentido, el que un Estado se niegue injustificadamente a la reunificación de las familias cuyos miembros se encuentran en condición de movilidad humana, o trabaje activamente para mantener su división, además de atentar contra el derecho a la unidad familiar, traduce una lesión del derecho a desarrollar libremente un proyecto de vida individual, familiar y comunitaria. En efecto, las deportaciones y expulsiones arbitrarias de migrantes, que no respeten los principios y procedimientos del derecho internacional, son un claro ejemplo de este tipo de violaciones a los derechos humanos.

62 Id.

63 Id., párr. 214.

La Mesa Redonda de Expertos reunida en Ginebra entre el 8 y 9 de noviembre de 2001, por organización del ACNUR y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, entre sus conclusiones, resaltó la importancia del respeto del derecho a la unidad familiar en el ámbito de los derechos de los refugiados, en tanto que la familia configura un mecanismo primario de protección para sus miembros, y tiene un efecto multiplicador con relación a las ayudas recibidas por agentes externos:

El derecho a la unidad familiar es de particular importancia en el contexto de los refugiados, entre otras razones, porque constituye el mecanismo primario de protección de quienes integran el grupo familiar. Mantener y facilitar la unidad familiar ayuda a garantizar la atención física, la protección, el bienestar emocional y el apoyo económico de los refugiados individuales y sus comunidades. La protección que los familiares pueden brindarse mutuamente multiplica [el impacto de] los esfuerzos realizados por actores externos. En los países anfitriones, la unidad familiar incrementa la autosuficiencia de los refugiados y en el largo plazo reduce los costos sociales y económicos.⁶⁴

A pesar de que el derecho a la unidad familiar ha sido concebido tradicionalmente para supuestos donde son los padres o personas encargadas del cuidado de las niñas, niños o adolescentes quienes son expulsados, deportados o devueltos; junto al desarrollo de la categoría de expulsión impropia subjetiva, la Corte Constitucional le ha dado un enfoque nuevo a este derecho, ello con el fin de que los sujetos protegidos puedan ser tanto las niñas, niños o adolescentes como sus padres, dando origen a una doctrina innovadora:

En este sentido, si bien de forma general el análisis de posibles vulneraciones del derecho a la unidad familiar en contextos de migración, se configura siguiendo un esquema en el cual son los progenitores de la NNA los que son expulsados hacia otro país. En el presente caso, con determinación en las particularidades de la devolución intentada, esto es, una devolución impropia y encubierta direccionada hacia la persona del niño F.B.L. de nacionalidad ecuatoriana; la Corte Constitucional [reconoce] la violación de este derecho, en los casos donde la unidad familiar es amenazada por un intento de devolución impropia.⁶⁵

Bajo esta lógica, las garantías desarrolladas por la Corte IDH con relación al derecho a la unidad familiar, que obligaban a los Estados receptores a evaluar:

(a) la historia inmigratoria, 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 la niña o el niño, así como

64 Consideraciones generales, Mesa Redonda de Expertos organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, 8 y 9 de noviembre de 2001, párr. 6.

65 Sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 248.

el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.⁶⁶

Podrán ser replanteadas y alegadas con el objeto de aplicarse para la protección de los padres, familiares y personas a cargo del cuidado de las niñas, niños y adolescentes nacidos en el territorio del Estado receptor. Es por esto que, en los casos de este tipo de expulsiones impropias el estudio de la afectación que genera la ruptura familiar y el alcance de la perturbación en la vida diaria no solo debe estar dirigido a la evaluación de la integridad psíquica, física y familiar de las niñas, niños y adolescentes, sino también a la de sus padres, cuidadores y demás familiares (en un sentido amplio).

2.1.2. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LA EXPULSIÓN IMPROPIA

En sentencia No. 983-18-JP/21, la Corte Constitucional propone una relectura al contenido jurídico del principio de no devolución. La Corte manifiesta que el mismo no debe agotarse en una regla de no regresión geográfica, ni debe estar condicionado necesariamente a un tránsito físico entre países, siendo plenamente posible que se violente dentro del propio Estado receptor, cuando se somete a una persona extranjera a violaciones de derechos similares a las que motivaron su búsqueda de refugio:

Finalmente, la presente Corte tiene por señalar, que el objetivo del principio de no devolución, más allá de garantizar la permanencia de personas amparadas por un régimen específico de protección humanitaria internacional en un espacio geográfico determinado, lo que procura, es evitar que dichas personas vuelvan a ocupar la situación de riesgo que vivían en el lugar del cual huyeron. En este sentido, puede identificarse que el principio de no devolución, además de obedecer una dimensión material (no regresión territorial), se encuentra afectado por un plano inmaterial, por medio del cual se busca evitar que las personas refugiadas o asiladas, con o sin el reconocimiento estatal, retornen a una condición lesiva similar a la que sufrían antes.⁶⁷

Con respecto a esto, en la expulsión impropia objetiva, se puede verificar la presencia de dos elementos: (i) el acto lesivo, que en este supuesto es la grave privación de derechos y principios constitucionales a la persona refugiada o a su núcleo personal o familiar, de tal forma que se la ubica en una situación semejante a la que vivía en el lugar del cual huyó (*actus*), que puede o no, estar

⁶⁶ Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de agosto de 2014, párr. 279.

⁶⁷ Sentencia No. 983-18-JP/21, párr. 240.

acompañado (ii) de la intención de que la víctima abandone la jurisdicción del Estado receptor (*animus*).

De hecho, las expulsiones impropias, cuando no tienen el ánimo de que la persona refugiada abandone el país, pueden estar acompañadas de una pretensión de impunidad por parte de los agentes estatales, quienes asegurándose de que el refugiado se mantenga en el territorio o espacio del Estado receptor, procuran simular el cumplimiento integral del principio de no devolución.

En este contexto, el abanico de infracciones al principio de no devolución se abre y completa aún más. Dentro de su evolución histórica, se había admitido inicialmente la posibilidad de que este principio se infrinja cuando se encontraba de por medio el territorio nacional del Estado receptor, ya sea que se expulse a un refugiado de este o no se lo admita al mismo. Posteriormente, la defensa de la extraterritorialidad del principio de no devolución, impulsada por la ACNUR y otros organismos internacionales de derechos humanos, facilitó que se reconozca la posibilidad de violación de este principio mediante actuaciones ejecutadas en embajadas, consulados, residencias diplomáticas, inmuebles en el exterior, bases militares en el extranjero, entre otras, donde un Estado ejerza su jurisdicción.

Así, con base en la territorialidad se habían venido reconociendo las expulsiones desde el territorio de un Estado receptor al Estado del cual provino el refugiado a un tercer Estado (concepción clásica), y las expulsiones extraterritoriales, desde dominios o propiedades de un Estado en el exterior. Es decir, violaciones que funcionaban bajo el esquema de interacción entre dos territorios. No obstante, la sentencia constitucional No. 983-18-JP/21 rompe la dependencia a dicho esquema y postula la posibilidad de una vulneración a este principio con un carácter intraterritorial.

De este modo, las expulsiones impropias en su dimensión objetiva no implican un tránsito o “regresión territorial” como menciona la Corte Constitucional del Ecuador, sino que implican una reproducción en el Estado receptor del ambiente lesivo del cual huyo el refugiado. Por consiguiente, mientras que en las expulsiones tradicionales se mueve en contra de su voluntad a un refugiado a un territorio en donde peligran gravemente sus derechos a la vida, libertad e integridad; en las expulsiones impropias en una dimensión objetiva se replica dicho ambiente en el interior del Estado receptor, sin necesidad de que se mueva al refugiado al territorio de otro país.

Así las cosas, esta relectura que propone la expulsión impropia en su dimensión objetiva, complejiza la tarea de elección del remedio procesal, y específicamente de la garantía jurisdiccional para la tutela del principio de no devolución. Si bien en su concepción tradicional tanto la no admisión como

la expulsión podían ser cubiertas por medio de un *habeas corpus*, en el caso de la expulsión impropia objetiva la contravención de este principio no implica necesariamente una violación al derecho de libertad física y de locomoción.

Frente a este escenario, dado que lo que se ejecuta en contra del refugiado es la reproducción de un escenario igual o semejante al ambiente lesivo del cual huyó, el derecho a una vida digna ocupará el lugar que tiene en el enfoque tradicional el derecho a la libertad. Entendiéndose al derecho a la vida digna como el derecho a que “las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr [...] aquello que la sociedad, [...] y cada uno [...] valora como objetivo de vida deseable [...]”.⁶⁸

Para ello, de conformidad con el artículo 66.2 de la CRE es indispensable que se garantice el acceso a “la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, [...] educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.⁶⁹ En este sentido, la amplitud con la cual está provista la acción de protección, permite identificarla como la garantía jurisdiccional idónea para proteger y reparar las violaciones al principio de no devolución por expulsiones impropias objetivas.

Finalmente, se deja constancia de que podrán darse eventos donde una expulsión impropia objetiva implique violaciones al mismo tiempo del derecho a una vida digna y a la libertad física. Por ejemplo, en situaciones donde se someta a refugiados a penas privativas de libertad o regímenes de prisión preventiva sin las condiciones mínimas de dignidad, por el mero hecho de su condición de movilidad humana. En estos casos se deberá preferir la garantía jurisdiccional más específica: el *habeas corpus*.

3. CONCLUSIÓN

Lo expuesto en el presente artículo ha permitido evidenciar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha innovado y superado el clásico enfoque material de concentración física, para proponer una dimensión inmaterial del principio de no devolución, de conformidad con la cual, no es imprescindible que se materialice un traslado fronterizo, en la forma de devolución o de expulsión. Es suficiente que se someta a la persona migrante a un escenario de violaciones de derechos similar al que vivía en el lugar del cual huyó.

Por último, destaca en la sentencia constitucional analizada la inclusión de una categoría de expulsión impropia, en donde el sujeto afectado por la expulsión

68 Plan Nacional de Desarrollo 2009-2013, Decreto No. 410, Consejo Nacional de Planificación, Suplemento del Registro Oficial No. 144 de 5 de marzo 2010: 10.

69 Artículo 66.2, Constitución de la República del Ecuador.

no necesariamente será una persona en condición de movilidad humana, sino que puede incluir a nacionales del Estado receptor que, por su vinculación personal o familiar con el extranjero, es expulsada de su propio país, a efectos de forzar al extranjero a salir del Estado receptor por los riesgos que podría correr su familiar o persona vinculada personalmente en el otro Estado.

Asimismo, esta modalidad de expulsión impropia no está condicionada al clásico esquema de interacción entre dos territorios o espacios, protegiendo la integridad y bienestar de los refugiados inclusive dentro del propio Estado receptor, a fin de evitar que se reproduzcan condiciones y ambientes similares a los de los cuales huyeron.