

El derecho a migrar: De las rutas migrantes a la jurisprudencia constitucional. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en el período 2019-2024

The Right to Migrate: From Migrant Routes to Constitutional Jurisprudence. Analysis of the Jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador in the Period 2019-2024

Recepción: 03/08/2024 • Revisión: 10/09/2024 • Aceptación: 24/09/2024

<https://doi.org/10.32719/29536782.2025.1.6>



Alfonso Javier Arcentales Illescas

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)

Quito, Ecuador

jarcentalesi@gmail.com

Resumen

Este estudio analiza la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador entre los años 2019 y 2024 sobre el derecho a migrar, reconocido en el art. 40 de la Constitución ecuatoriana. A partir de este análisis se identifican los elementos que caracterizan el derecho a migrar y que lo distinguen de otros, como la consideración de los diferentes momentos del proceso migratorio y la valoración, en cada caso, de las decisiones que pueden impactar en la vida de una persona migrante y sus familiares. Este derecho se complementa con el contenido de la libertad de circulación y residencia y con la prohibición de criminalización de la migración, ambos reconocidos también constitucionalmente. El desarrollo jurisprudencial da cuenta de que el derecho a migrar es un derecho vivo que responde a los escenarios actuales de la intensa movilidad humana en Ecuador y en la región, y que tiene como fin primordial proteger la dignidad de las personas en esta condición.

Abstract

This paper analyzes the jurisprudence issued by the Constitutional Court of Ecuador between the years 2019 to 2024 that addresses the right to migrate recognized in article 40 of the Ecuadorian Constitution. From this analysis, the elements that characterize the right to migrate and that distinguish it from others are identified, such as the consideration of the different moments of the migration process and the assessment in each case of the decisions that can impact the life of a migrant person and their family members. The jurisprudential development shows that the right to migrate is a living right that responds to the current scenarios of intense human mobility in Ecuador and in the region and that its primary purpose is to protect the dignity of people in this condition.

Palabras clave

migración
jurisprudencia
libre circulación
derechos humanos
Constitución ecuatoriana

Keywords

migration
jurisprudence
free movement
human rights
Ecuadorian Constitution

El derecho a migrar en la Constitución de 2008

Ecuador reconoció el derecho a migrar en la Constitución que entró en vigencia en 2008.¹ Este reconocimiento, como usualmente ocurre con los derechos humanos, no es fruto de las buenas intenciones de quienes tienen en sus manos las decisiones políticas, sino que se origina en el mismo hecho migratorio —que desde finales del siglo XX es significativo en Ecuador— y en los procesos sociales, jurídicos y políticos que han impulsado las personas en movilidad humana como titulares de derechos, al igual que defensores y defensoras de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales, academia y otros actores.

Para 2007, cuando se instala la Asamblea Constituyente, más de dos millones de personas ecuatorianas habían emigrado mayoritariamente a España, Italia y Estados Unidos, como consecuencia de la crisis económica, política y social que dio lugar a la dolarización y al denominado *feriado bancario*. A la par, aproximadamente 500 000 personas colombianas llegaron paulatinamente a Ecuador huyendo de la intensificación del conflicto armado como efecto de la implementación del Plan Colombia. En este mismo escenario, también arribaron inmigrantes de Perú y Colombia que vieron el proceso de dolarización en Ecuador como una oportunidad de obtener medios económicos para su subsistencia.

El hecho migratorio, en ese momento, puso en evidencia la ausencia de un marco normativo² y de política pública que atendiera la movilidad humana desde el enfoque de derechos humanos y acorde a la realidad del hecho migratorio, es decir, guardando coherencia entre el trato a las personas ecuatorianas que salían del país y quienes llegaban a él. Este escenario hizo posible también que las personas en movilidad humana se asumieran como sujetos de derechos y como actores políticos que reivindicaban sus derechos y denunciaban las vulneraciones que sufrían tanto en su país de origen como en sus destinos.

En ese contexto, la Asamblea Nacional Constituyente fue uno de los principales objetivos de los

procesos de incidencia de grupos de emigrantes, inmigrantes, refugiados y organizaciones de la sociedad civil que buscaban posicionar a la movilidad humana en el texto constitucional como un ámbito que ocurre permanentemente en mayor o menor intensidad y que, por tanto, no puede ser ajeno a la Constitución.

Dentro del proceso constituyente confluyeron diferentes actores en distintos roles y desde procesos y recorridos múltiples que, finalmente, posicionaron algunas reivindicaciones de esta población y dotaron a la visión de movilidad humana que se introdujo en el texto constitucional de un sentido más amplio que el de la emigración. Se podría afirmar que la idea de un tratamiento coherente entre aquello que el Estado ecuatoriano propugnaba para proteger los derechos de los emigrantes en el exterior y las personas de otras nacionalidades que se encuentran en Ecuador es el que subyace en la apuesta constitucional ecuatoriana de 2008.³

Fruto de estos procesos, fueron reconocidos varios principios y derechos específicos de las personas en movilidad humana que no registran antecedentes en textos constitucionales de otros países. Entre ellos destacan el derecho a migrar, la prohibición de criminalización de la movilidad humana, el progresivo fin de la condición de extranjero, la libre movilidad y la ciudadanía universal, entre otras normas.

En términos de Herrera, los derechos son el resultado de procesos y luchas sociales, y su incorporación en los diferentes instrumentos jurídicos es una etapa importante de esos procesos que reivindican la dignidad.⁴ Y tal como se constata en la experiencia ecuatoriana, estos procesos radican en las acciones organizativas y de incidencia de las personas en movilidad organizadas. Son sus vivencias en origen, tránsito, destino y retorno las que se convierten en la médula de los contenidos que se traducen a lo jurídico como derechos reconocidos constitucionalmente.

De ahí que el desarrollo de su contenido, sea a nivel legal o jurisprudencial, no puede dejar de mirar hacia ese elemento sustancial sobre el que se construyen los derechos humanos en general,

1 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 40.

2 La Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMH) entró en vigencia el 6 de febrero de 2017. Previamente existía legislación dispersa, entre la que se destacaban la Ley de Migración y la Ley de Extranjería, que databan de 1971 y regulaban el ingreso y salida de personas, el control migratorio y los tipos de visados para la permanencia regular en Ecuador. Estas leyes fueron derogadas por la LOMH.

3 Javier Arcentales, "Constitución, movilidad humana y diversidades", en *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*, ed. Claudia Storini (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017), 103.

4 Joaquín Herrera, *La reinvencción de los derechos humanos* (Sevilla: Atrapasueños, 2008), 18.

y en este caso los de las personas en movilidad humana. Pensar en los derechos como meras formulaciones jurídicas, separadas de los procesos que llevan a su reconocimiento constitucional, es razonar desde la abstracción, evitando el profundo contenido social que tienen lo jurídico y, en especial, el ámbito constitucional.

Esto es importante de cara a las atribuciones de jueces y juezas y con mayor preminencia la Corte Constitucional, como el órgano máximo de interpretación de la carta magna. En ese ejercicio, aquello que expresamente ha sido incorporado en la Constitución debe entenderse en íntima relación con el hecho migratorio y las reivindicaciones por la dignidad de las personas en movilidad humana. Es preciso asumir a la Constitución como un instrumento jurídico vivo —una Constitución viviente—, es decir, que “se integra no solamente con normas, sino también con realidades [...] y con valores”, los cuales se convierten en la materia prima de la jurisprudencia.⁵

En este marco, desde 2008 —con la entrada en vigencia de la Constitución ecuatoriana— hasta 2019, en que se modificó completamente la composición de los miembros de la Corte Constitucional, era incipiente el desarrollo de los derechos relativos a las personas en movilidad humana. Por su parte, desde 2019 se puede afirmar que existe una prolífica producción de sentencias sobre el tema que destacan por su contenido y número: hasta el cierre de este artículo se contabilizan aproximadamente diecisiete. Estas sentencias responden a los diferentes procesos que están a cargo del conocimiento de ese organismo jurisdiccional, pero se verifica que principalmente provienen de

la revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales,⁶ acciones extraordinarias de protección⁷ y sentencias de control constitucional abstracto.⁸

Como se ha señalado, existen varios principios y derechos constitucionales relativos a las personas en movilidad humana. No obstante, el derecho a migrar reconocido expresamente en el art. 40 de la Constitución se convierte en el epicentro de este reconocimiento, y determina un cambio en el tratamiento jurídico que usualmente tiene la movilidad humana. Se trata del ejercicio de un derecho, no de una concesión que proviene de la soberanía estatal. Este giro en el enfoque es fundamental y repercute (o debe repercutir) no solo en la resolución de casos constitucionales, sino en la institucionalidad a cargo de garantizar estos derechos.

Desde el pensamiento jurídico-político, autores como Luigi Ferrajoli, por ejemplo, han planteado serios cuestionamientos al concepto de soberanía, y han llegado a la conclusión que es contradictorio en sí mismo, y que en el contexto de mundialización de los derechos humanos se ve debilitado y profundamente cuestionado cuando se imbrica con la idea de ciudadanía, pues naturaliza formas de desigualdad que deberían ser desmontadas.⁹

Por ello, en este artículo se pretende examinar cómo se ha desarrollado el derecho a migrar en la jurisprudencia constitucional en Ecuador, al igual que las obligaciones estatales que lo caracterizan como un derecho en sí mismo y, a la vez, lo distinguen de otros derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos, como la libertad de circulación y residencia.¹⁰

5 Pedro Sagüés, *La Constitución bajo tensión* (Querétaro, MX: Instituto de Estudios Constitucionales, 2016), 39.

6 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 159-11-JH/19”, en *Caso n.º 159-11-JH*, 26 de noviembre de 2019; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 335-13-JP/20”, en *Caso n.º 335-13-JP*, 12 de agosto de 2020; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 897-11-JP/20”, en *Caso n.º 897-11-JP*, 12 de agosto de 2020; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 639-19-JP/20 y acumulados”, en *Caso n.º 639-19-JP y acumulados*, 21 de octubre de 2020; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 388-16-EP/21”, en *Caso n.º 388-16-EP*, 23 de junio de 2021; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 983-18-JP/21”, en *Caso n.º 983-18-JP*, 25 de agosto de 2021; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 2120-19-JP/21”, en *Caso n.º 2120-19-JP*, 22 de septiembre de 2021; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 2185-19-JP y acumulados/21”, en *Caso n.º 2185-19-JP y acumulados*, 1 de diciembre de 2021; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 1497-20-JP/21”, en *Caso n.º 1497-20-JP*, 21 de diciembre de 2021.

7 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 2533-16-EP/21”, en *Caso n.º 2533-16-EP*, 28 de julio de 2021; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 1214-18-EP/22”, en *Caso n.º 1214-18-EP*, 27 de enero de 2022; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 215-13-EP/23”, en *Caso n.º 215-13-EP*, 1 de noviembre de 2023; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 2496-21-EP/23”, en *Caso n.º 2496-21-EP*, 12 de julio de 2023; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 212-20-EP/24”, en *Caso n.º 212-20-EP*, 25 de abril de 2024.

8 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 1-15-IN/21”, en *Caso n.º 1-15-IN*, 14 de abril de 2021; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 15-21-IN/23”, en *Caso n.º 15-21-IN*, 12 de julio de 2023; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 14-19-IN/23”, en *Caso n.º 14-19-IN*, 7 de junio de 2023.

9 Luigi Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, *Revista Isonomía* 9 (1998), <https://tinyurl.com/kmrtvkx4h>.

10 La libertad de circulación y residencia ha sido reconocida, entre otros, en los siguientes textos nacionales e internacionales: Ecuador, *Constitución*, art. 66.14; ONU Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de

En ese sentido, metodológicamente no nos proponemos realizar una explicación de cada una de las sentencias, pues se perdería de vista el análisis integral que buscamos sobre el desarrollo jurisprudencial del derecho a migrar. Se han seleccionado aquellas sentencias en las que específicamente la Corte Constitucional, desde 2019, aborda este derecho de manera expresa, independientemente del tipo de proceso constitucional que da lugar a la decisión.

Así, con fundamento en la idea de la Constitución viva, en términos de Sagüés, y en la realidad migratoria que expresan los casos, es posible verificar cómo se construye sentido y contenido de este derecho, para analizar los parámetros constitucionales siguiendo el camino de su desarrollo jurisprudencial.

Desarrollo del contenido del derecho a migrar en la jurisprudencia constitucional

La Constitución “reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”.¹¹ Usualmente, los textos constitucionales no definen las categorías que los conforman, por lo que conceptualmente, al entrar en vigencia, surgen dudas sobre su contenido y la relación con otros derechos. Es decir, el derecho a migrar ¿es un derecho en sí mismo o se lo puede considerar como parte de la libertad de circulación y residencia? Estas interrogantes son importantes de cara a su garantía, pues, como todo derecho, implica obligaciones al Estado para su efectividad y para los alcances de su justiciabilidad.

El 26 de noviembre de 2019, la Corte Constitucional emitió la sentencia 159-11-JH/19. Esta decisión fue producto de la selección de un *habeas corpus* presentado en 2011 en favor de José Antonio Olivera San Miguel, de nacionalidad cubana, quien, en el contexto del aumento del flujo migratorio proveniente de ese país, fue privado de su libertad por encontrarse en condición migratoria irregular. Ante la imposibilidad de las autoridades de llevar a cabo su deportación, José Antonio fue privado de libertad por alrededor de 45 días en el denominado Hotel Carrión. El *habeas corpus* presentado para recuperar su libertad fue negado en primera y segunda instancias.

En la sentencia emitida por la Corte Constitucional, son varios los derechos analizados. En cuanto al derecho a migrar, afirma que

[e]ste reconocimiento jurídico implica un cambio de paradigma en relación a la consideración de la movilidad humana. Se ha pasado de un asunto propio de la soberanía estatal y la seguridad nacional, en la que las personas eran objetos de control, a una perspectiva del sujeto de derechos, en el que el Estado es garante de derechos.¹²

La Corte Constitucional reconoce así la importancia del derecho a migrar, en tanto modifica sustancialmente la manera en que desde lo jurídico e institucional se ha visto a la movilidad humana; además, repercute en el comportamiento de los servidores públicos a cargo, que privilegian el control y la seguridad. Esto, bajo el prejuicio de que las personas de otras nacionalidades son una permanente amenaza, en contraste con las personas ecuatorianas migrantes.

En esta decisión, la Corte definió al derecho a migrar como “la facultad de trasladarse que tienen las personas y la garantía de que dicho traslado ocurra en condiciones dignas, tanto en el lugar de origen, tránsito o destino, y retorno”.¹³

En esta definición se observan tres elementos importantes de este derecho. El primero es la facultad de moverse o trasladarse que tienen todas las personas. En este punto cabe observar que no se hace distinción alguna en relación con la nacionalidad; esto es, sean ecuatorianas o de otros países, la Constitución reconoce la posibilidad de las personas de moverse.

El segundo elemento se refiere a la calidad de ese traslado, relacionada con las condiciones en que ocurre la movilidad, que deben ser siempre respetuosas de la dignidad humana. Este elemento sirve posteriormente para establecer cuáles son las obligaciones del Estado para garantizar este derecho.

Finalmente, el tercer elemento hace referencia al proceso migratorio y a los momentos que pueden experimentar las personas en movilidad humana, es decir, la salida, el tránsito, el destino y el retorno, los cuales pueden variar y no siempre cumplirse. Pero su importancia al incluirlos en el concepto del derecho a migrar radica en que se

1948, art. 13, resolución 217 A (III); ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, art. 12, resolución 2200 A (XXI); OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, 22 de noviembre de 1969, art. 22.

11 Ecuador, *Constitución*, art. 40.

12 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 159-11-JH/19”, párr. 107.

13 *Ibíd.*, párr. 108.

toman en cuenta estas etapas ante las cuales las personas migrantes pueden enfrentarse, sea de manera “voluntaria” o forzada. Este elemento sustancial del contenido del derecho a migrar también guarda estrecha relación con la configuración del Estado ecuatoriano como país emisor, receptor, de tránsito y retorno de movilidad humana, lo que implica obligaciones específicas en cada una de estas condiciones y respecto de los derechos de las personas en cada uno de esos momentos.

Esta conceptualización del derecho a migrar ha sido reiterada y complementada en decisiones posteriores, que lo consolidan como un derecho en sí mismo. Así, en la sentencia 335-13-JP/20, al referirse a la relación de este derecho con la libertad de circulación, se sostuvo que

[e]l derecho a migrar no se limita a la libertad de circulación en términos del artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República o del artículo 22 numerales 1 y 2 de la Convención Americana, sino que parte del reconocimiento de los distintos riesgos y factores que obligan a las personas a salir de su lugar de origen o residencia habitual y, en consecuencia, tiene un alcance y protección mayor que abarca todo el proceso de migración.¹⁴

Esta cita aclara que el derecho a migrar no es igual a la libertad de circulación, sino que tiene un contenido específico. Tampoco se afirma que sean derechos excluyentes, sino que guardan una relación de complementariedad; no obstante, se dota al derecho a migrar de un mayor alcance y protección, como afirma la cita de la sentencia. Esta mayor protección radica en que no solamente contiene obligaciones de omisión (de no hacer) para asegurar el ejercicio de este derecho, lo cual suele ser el énfasis de las libertades. El derecho a migrar tiene también obligaciones de hacer para el Estado.

Es decir, la libertad de circulación principalmente radica en no impedir de manera injustificada el movimiento de las personas, mientras que el derecho a migrar toma en cuenta los contextos en que dicho traslado ocurre y sobre los que tiene que actuar el Estado para garantizar la dignidad de las personas. Como se observa en la cita, este derecho reconoce los riesgos y factores que causan la movilidad humana. Por tanto, se trata de un derecho con mayor complejidad que la sola voluntad del movimiento: atiende a la realidad

contemporánea de las migraciones a nivel mundial provocadas por desigualdades marcadas, violencias u otros factores. De ahí que la decisión que se adopta respecto de una persona en movilidad humana puede impactar decisivamente en sus condiciones de vida e incluso en su existencia.

Ejemplo claro de lo dicho es el caso de Ivanio Manuel González Gourriel, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana —sin notificarlo ni concederle la oportunidad para defenderse o impugnar dicha decisión— le canceló la nacionalidad que había adquirido mediante carta de naturalización. Ivanio se enteró de esta decisión cuando, luego de que le impidieran ingresar a Cuba, también le restringieran el ingreso a Ecuador por no contar con ninguna forma de justificar su calidad migratoria. Esto trajo como consecuencia que permaneciera en el aeropuerto de la ciudad de Guayaquil durante varios días.

Frente a ello, en la sentencia de revisión se concluyó que,

[s]i bien esta Corte reconoce la potestad del Estado de establecer medidas para regular la migración, al mismo tiempo, toda medida adoptada debe estar acorde con las normas constitucionales y los estándares internacionales en materia de derechos humanos. El derecho a migrar exige que la persona pueda ingresar a territorio ecuatoriano sin restricciones innecesarias y desproporcionales, más que aquellas restricciones legítimas, proporcionales y necesarias reconocidas expresamente en la actual Ley Orgánica de Movilidad Humana.¹⁵

Lo citado determina un avance significativo en la protección de los derechos de las personas en movilidad humana, pues los instrumentos internacionales de derechos humanos, al reconocer la libertad de circulación y residencia, no incluyen como parte de este derecho el ingreso al territorio de otro Estado que no sea el nacional. En el caso de Ecuador, el derecho a migrar comprende el ingreso al territorio sin otra restricción que no sean las contempladas en la ley o en la Constitución. Así, una limitación injustificada o arbitraria del ingreso al territorio, como la de Ivanio, deviene en una forma de vulneración del derecho a migrar.

Por ello, las autoridades migratorias y también las autoridades judiciales ante quienes se alegue

14 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 335-13-JP/20”, párr. 120.

15 *Ibid.*, párr. 125.

como vulnerado el derecho a migrar tienen la obligación de analizarlo en “cada caso y resuelto con base en las circunstancias individuales de cada persona. Esto significa que cada persona tiene derecho a que las autoridades competentes realicen un análisis con base en sus propias circunstancias, razones y factores para migrar”.¹⁶

Así lo estableció la Corte Constitucional al revisar dos sentencias de acción de protección presentadas por la Defensoría del Pueblo en el marco del crecimiento del flujo migratorio venezolano en 2019, en favor de dos grupos de personas migrantes que fueron deportadas en forma colectiva y *de facto* en Rumichaca, frontera con Colombia. En ese caso, como parte del derecho a migrar se determina que las autoridades migratorias deben analizar la repercusión de la decisión a tomar en los derechos de cada una de las personas. Si esto no ocurre, se verifica otra forma de vulneración de este derecho.

En relación con el retorno, la Corte Constitucional conoció el caso de Jorge Fabián Torres Villagrán, ecuatoriano que en los años 60 migró a Venezuela y, casi cincuenta años después, debido a la situación de ese país, retornó a Ecuador, pero enfrentó problemas con su documento de identidad. Este caso fue resuelto en la sentencia 366-18-EP/20, en la cual se estableció que

el ejercicio del derecho a migrar incluye la posibilidad de retornar al país de origen o residencia habitual en condiciones dignas. Para tal efecto, la Corte considera que el retorno no se limita únicamente a permitir el ingreso de la persona al territorio, sino que también implica garantizar el ejercicio de derechos, el acceso a servicios, promover su integración y, en definitiva, posibilitar el desarrollo de su proyecto de vida nuevamente en el país.¹⁷

Además de ratificar que el derecho a migrar es reconocido a todas las personas independientemente de su nacionalidad, también ha sostenido que los niños, niñas y adolescentes son titulares del mismo. Esta ha sido parte de una línea jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Constitucional, y que inició con la sentencia de revisión 2120-19-JP/21, que abordó el caso de tres hermanos de nacionalidad venezolana que en 2019 intentaron ingresar a Ecuador para reunificarse con su madre, que se encontraba en la ciudad de

Quito. Los agentes del control migratorio en San Miguel (Sucumbíos) impidieron a los tres hermanos ingresar, frente a lo cual debieron presentar una acción de protección.

La sentencia de revisión estableció que “los niños, niñas y adolescentes, en tanto sujetos de derechos, también son titulares del derecho a migrar. No obstante, se requiere una especial protección a fin de precautelar su dignidad, integridad y vida, en el ejercicio de este derecho”.¹⁸ Esta conclusión atiende a una realidad ineludible: el incremento notorio y alarmante de niños, niñas y adolescentes que migran solos o separados de sus progenitores en la región. Con base en esta realidad, no desconoce a este grupo etario como sujetos del derecho a migrar, pero exige protección reforzada por parte del Estado, lo que implica que no pueden adoptarse las mismas medidas de control migratorio para adultos, sin valorar el interés superior y garantizarles el derecho a ser escuchados.

Esta línea jurisprudencial sobre niñez y migración ha continuado con otras decisiones, entre ellas la sentencia 212-20-EP/24, en la cual se reconoce que niños, niñas y adolescentes ejercen el derecho a migrar cuando se encuentran en tránsito por el territorio ecuatoriano y cuando salen de él. Por tanto, no corresponde la imposición de sanciones o exigencias de requisitos innecesarios que lesionen su ejercicio del derecho a migrar, sino la adopción de medidas que garanticen el traslado digno y aseguren la reunificación familiar.

La sentencia mencionada afirma que

[c]uando Ecuador es un Estado de tránsito, entonces la medida conducente para el efecto es, precisamente, el registro de la entrada y salida del país del niño, niña o adolescente, así como su acompañamiento hasta que esté en custodia de las autoridades del Estado fronterizo que podría ser el Estado de destino u otro de tránsito.¹⁹

De tal manera, el derecho a migrar comprende obligaciones específicas y reforzadas que deben ser adoptadas por el Estado, a través de las entidades correspondientes, para la protección de niños, niñas y adolescentes en ingreso, tránsito y salida del territorio ecuatoriano. Esto toma distancia de los enfoques usuales del control migratorio, en que se aplican por igual las normas, sean punitivas o no, sin importar las personas o sus condiciones,

16 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 639-19-JP/20”, párr. 48.

17 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 388-16-EP/21”, párr. 101.

18 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 2120-19-JP/21”, párr. 41.

19 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 212-20-EP/24”, párr. 90.

dejándolas al arbitrio de las políticas internas de los Estados y, por ende, de la discrecionalidad de los agentes encargados de dichos controles.

Hasta aquí, los casos mencionados responden a la resolución de garantías jurisdiccionales a través de sentencias de revisión o acciones extraordinarias de protección. Esto permite afirmar que el derecho a migrar puede ser tutelado mediante la acción de protección en situaciones concretas en las que alguno de los elementos que se han identificado sean vulnerados y, por tanto, deban adoptarse medidas de reparación.

Pero es importante mencionar que el derecho a migrar también ha sido analizado por medio del control abstracto de constitucionalidad, es decir, de la confrontación de normas infraconstitucionales con el contenido constitucional. Así, el 7 de junio de 2023, la Corte Constitucional emitió la sentencia 14-19-IN/23, en la que resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada en 2019 por la Defensoría del Pueblo conjuntamente con organizaciones de la sociedad civil. En ella se impugnaban dos decretos ejecutivos y dos acuerdos ministeriales a través de los cuales se impusieron varios requisitos para el ingreso de población venezolana a Ecuador, entre ellos la presentación del pasaporte.²⁰

Estas medidas fueron adoptadas por el presidente de la República de ese entonces, Lenín Moreno, en el marco del mayor incremento del flujo migratorio venezolano y como respuesta a un femicidio ocurrido en la ciudad de Ibarra, cometido por una persona de esa nacionalidad en contra de su pareja en estado de embarazo y transmitido por redes sociales en simultáneo.²¹ Esto, a su vez, desencadenó una ola de ataques xenofóbicos violentos en esa ciudad.

Entre las alegaciones presentadas en la demanda, la incompatibilidad de las normas emitidas con el derecho a migrar fue uno de los argumentos planteados y analizados en la sentencia. Es la primera sentencia de esta naturaleza en la que no se trata el caso concreto de una persona o grupo de personas en movilidad humana, sino la acusación de normativa migratoria de no estar acorde a este derecho.

La Corte, con la finalidad de examinar si las medidas acusadas transgredieron el derecho a migrar, primero recoge el contenido del derecho desarrollado en las sentencias previas y realiza el examen de proporcionalidad que comprende: verificar si existió un fin constitucionalmente válido para emitirlos y si cumplen con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Finalmente concluyó que

la exigencia del pasaporte para el ingreso al Ecuador de personas venezolanas tiene un impacto desmedido en su derecho a migrar, sin que sean evidentes los beneficios de la limitación, a saber, garantizar la seguridad de los habitantes y prevenir la migración irregular, la medida no es proporcional. [...] [S]i bien la medida establecida en el acuerdo ministerial 242 de 16 de agosto de 2018 persigue un fin constitucionalmente válido, y es idónea respecto del fin de prevenir la migración irregular, no es idónea para garantizar la seguridad ni es proporcional, por lo que constituye una limitación ilegítima al derecho a migrar de las personas venezolanas.²²

De esta manera, por primera vez, se declara la inconstitucionalidad de una norma por ser incompatible con el derecho a migrar. Para ello, la Corte Constitucional no vio necesario acudir a otro derecho, pues al haber previamente desarrollado jurisprudencialmente el contenido del derecho a migrar, distinguiéndolo de otros como la libertad de circulación, le fue suficiente confrontar la norma acusada con su propia configuración para arribar a la conclusión.

Cabe mencionar que el art. 40 de la Constitución ecuatoriana, a la par del reconocimiento del derecho a migrar, establece la prohibición de criminalización de la migración, al establecer que “[n]o se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”.²³ Así lo interpretó también la Corte Constitucional en su jurisprudencia, al examinar este artículo de la norma suprema:

La norma constitucional referida incorpora la prohibición de criminalización de la migración que exige que el Estado y sus agentes se abstengan de aplicar sanciones punitivas que no son proporcionales a una falta de carácter administrativo,

20 El 27 de marzo de 2019, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional aceptó el pedido de suspensión de las normas impugnadas solicitado por la Defensoría del Pueblo y las organizaciones accionantes en su demanda.

21 BBC News, “Femicidio en Ecuador: Las polémicas medidas adoptadas por el gobierno ecuatoriano para los inmigrantes venezolanos tras el asesinato de una mujer embarazada a manos de su expareja”, *BBC News*, 22 de enero de 2019, <https://tinyurl.com/2zxmpk7>.

22 Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 14-19-IN/23”, párrs. 221-2.

23 Ecuador, *Constitución*, art. 40.

como sería la condición migratoria irregular de una persona.²⁴

De ello se deriva que el derecho a migrar y la prohibición de criminalización de la migración guardan una estrecha relación, pues es coherente aseverar que, al ejercer un derecho humano como trasladarse de un lugar a otro, mal podría derivarse una sanción por el ejercicio de ese derecho o asumir la “ilegalidad” de un ser humano por ello. No obstante, también es importante comprender que estas dos categorías constitucionales tienen su propio contenido que las distingue y que a la vez las vuelve complementarias.

La prohibición de la criminalización de la movilidad humana merece un análisis aparte. Sin embargo, a efectos de la comprensión del derecho a migrar, en el que se centra este estudio, es necesario destacar la relación entre estas normas constitucionales, elementos esenciales de la protección que reconoce la Constitución ecuatoriana a las personas en movilidad humana.

Conclusiones: el derecho a migrar como un derecho en sí mismo

Con base en el análisis de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional desde 2019, es evidente que el derecho a migrar, reconocido en el art. 40 de la Constitución ecuatoriana, se configura como un derecho en sí mismo, con características y contenido propios. Este derecho es el epicentro de un cambio sustancial en el enfoque de la movilidad humana, que busca superar la mirada de control para afirmar la condición de sujetos de derechos de todas las personas que por diferentes circunstancias deben migrar. Por ello, encuentra una relación estrecha y complementaria con otros también reconocidos constitucionalmente, como la libertad de circulación y residencia y la prohibición de criminalización de la migración.

La jurisprudencia ratifica que todas las personas son titulares del derecho a migrar: no existe distinción por nacionalidad y tampoco en relación con la edad, pues atendiendo a la realidad no se excluye a niños, niñas y adolescentes. No obstante, es enfática en determinar que el Estado está obligado a brindar protección especial, principalmente en los casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus progenitores.

El contenido propio de este derecho refiere no únicamente a la posibilidad de moverse, sino

que toma en cuenta los factores que provocan la movilidad y establece obligaciones específicas a las autoridades estatales para asegurar que las condiciones materiales e inmateriales en que ocurren dichos traslados sean respetuosas de la dignidad humana. Por ello, el derecho a migrar establece como una obligación sustancial para las autoridades la valoración “en cada caso” del impacto que tiene una decisión sobre la vida de una persona y de sus familiares.

Además, toma en cuenta los diferentes momentos del proceso migratorio, es decir, origen, tránsito, destino y retorno. Respecto de estos momentos, las obligaciones estatales para garantizar los derechos varían, adecuándose también a la condición del Estado ecuatoriano como emisor, receptor, de tránsito o retorno. Bajo estas características, el derecho a migrar es un derecho justiciable, en los mismos términos que los otros derechos constitucionales; por lo tanto, las garantías jurisdiccionales contempladas en la Constitución son los mecanismos idóneos para asegurar su tutela efectiva.

Es así que el derecho a migrar es un derecho vivo, pues su desarrollo paulatino en la jurisprudencia constitucional se hace sobre los casos de personas que retratan las dinámicas y los diferentes momentos de la movilidad humana en Ecuador. Asimismo, es un derecho que se gestó en los procesos sociales de finales del siglo XX y que ahora permite dar respuesta a los contextos de la movilidad humana en el país, en el marco de flujos regionales y extracontinentales que son cada vez más evidentes e intensos.

El derecho a migrar, lejos de naturalizar la movilidad de las personas, asume que este no es un hecho coyuntural y, de este modo, exige del Estado, en su rol de garante de derechos, políticas públicas y normativas de largo aliento y conectadas con la realidad, para preservar la dignidad humana de quienes deben abandonar sus lugares de origen o de residencia habitual.

Referencias

- Arcentales, Javier. “Constitución, movilidad humana y diversidades”. En *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*, editado por Claudia Storini, 101-10. Quito: Corporación Editora Nacional, 2017.
- BBC News. “Feminicidio en Ecuador: Las polémicas medidas adoptadas por el gobierno ecuatoriano para los inmigrantes venezolanos tras el asesinato de

²⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 335-13-JP/20”, párr. 109.

- una mujer embarazada a manos de su expareja”. *BBC News*. 22 de enero de 2019. <https://tinyurl.com/2zxrnpk7>.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 1-15-IN/21”. En *Caso n.º 1-15-IN*, 14 de abril de 2021.
- . “Sentencia n.º 14-19-IN/23”. En *Caso n.º 14-19-IN*, 7 de junio de 2023.
- . “Sentencia n.º 15-21-IN/23”. En *Caso n.º 15-21-IN*, 12 de julio de 2023.
- . “Sentencia n.º 159-11-JH/19”. En *Caso n.º 159-11-JH*, 26 de noviembre de 2019.
- . “Sentencia n.º 212-20-EP/24”. En *Caso n.º 212-20-EP*, 25 de abril de 2024.
- . “Sentencia n.º 215-13-EP/23”. En *Caso n.º 215-13-EP*, 1 de noviembre de 2023.
- . “Sentencia n.º 335-13-JP/20”. En *Caso n.º 335-13-JP*, 12 de agosto de 2020.
- . “Sentencia n.º 338-16-EP/21”. En *Caso n.º 338-16-EP*, 23 de junio de 2021.
- . “Sentencia n.º 639-19-JP/20 y acumulados”. En *Caso n.º 639-19-JP y acumulado*, 21 de octubre de 2020.
- . “Sentencia n.º 897-11-JP/20”. En *Caso n.º 897-11-JP*, 12 de agosto de 2020.
- . “Sentencia n.º 983-18-JP/21”. En *Caso n.º 983-18-JP*, 25 de agosto de 2021.
- . “Sentencia n.º 1214-18-EP/22”. En *Caso n.º 1214-18-EP*, 27 de enero de 2022.
- . “Sentencia n.º 1497-20-JP/21”. En *Caso n.º 1497-20-JP*, 21 de diciembre de 2021.
- . “Sentencia n.º 2120-19-JP/21”. En *Caso n.º 2120-19-JP*, 22 de septiembre de 2021.
- . “Sentencia n.º 2185-19-JP y acumulados/21”. En *Caso n.º 2185-19-JP y acumulados*, 1 de diciembre de 2021.
- . “Sentencia n.º 2496-21-EP/23”. En *Caso n.º 2496-21-EP*, 12 de julio de 2023.
- . “Sentencia n.º 2533-16-EP/21”. En *Caso n.º 2533-16-EP*, 28 de julio de 2021.
- Ferrajoli, Luigi. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”. *Revista Isonomía* 9 (1998): 173-84. <https://tinyurl.com/kmtvkk4h>.
- Herrera, Joaquín. *La reinención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.
- OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 22 de noviembre de 1969.
- ONU Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A (III).
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. Resolución 2200 A (XXI).
- Sagüés, Pedro. *La Constitución bajo tensión*. Querétaro, MX: Instituto de Estudios Constitucionales, 2016.

Declaración de conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.