

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**

**SEDE ECUADOR**

**ÁREA DE DERECHO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO**

**MENCIÓN INTERNACIONAL ECONÓMICO**

**POLÍTICAS MIGRATORIAS DE RETORNO**

**¿Promueven o restringen el ejercicio de los Derechos Humanos de  
la población migrante?**

**Estudio de Ecuador y España**

**María de los Ángeles Herrera Villalva**

**2011**

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 3.0 Ecuador

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
-------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

*Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.*

*Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.*

*Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.*

Abg. María de los Ángeles Herrera Villalva

Julio de 2011

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**

**SEDE ECUADOR**

**ÁREA DE DERECHO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO**

**MENCIÓN INTERNACIONAL ECONÓMICO**

**POLÍTICAS MIGRATORIAS DE RETORNO**

**¿Promueven o restringen el ejercicio de los Derechos Humanos de la población  
migrante?**

**Estudio de Ecuador y España**

**María de los Ángeles Herrera Villalva**

**2011**

**TUTOR: DRA. GINA BENAVIDES**

**TESIS REALIZADA EN LA CIUDAD DE QUITO**

## ABSTRACT

La presente tesis se centra en el estudio de las migraciones internacionales, teniendo éstas cierta especificidad en relación a las migraciones internas, pues varias de las tensiones manifiestas en el transcurso de este análisis, no ocurren en las migraciones de carácter interno; y aquellas existentes, poseen distintas formas de manifestarse.

En un primer capítulo se desarrolla el tema de la migración como un derecho humano. Partiendo de que es efectivamente un derecho, se lo relaciona con la libertad de circulación y residencia y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En adición, se ubica la relación entre migración y ciudadanía y la tensión existente entre ésta y los derechos humanos. Se finaliza el capítulo abordando la significación, características y el alcance del Derecho al Retorno, como parte fundamental del Derecho a Migrar.

Como segundo capítulo consta una breve descripción de la evolución histórica de la Política Migratoria Europea, desde su aparición en 1997 –con el Tratado de Ámsterdam – hasta la actualidad; así como de la Política Migratoria del Reino de España.

En un segundo acápite se analiza específicamente la Política Migratoria Española, su marco legal y las implicaciones que ésta tiene en los derechos humanos de la población migrante; al tiempo que se caracteriza esta población para identificar a quiénes se dirige en concreto esta política.

En un acápite final se estudia la “Directiva sobre los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se

encuentren ilegalmente en su territorio”, más conocida como “Directiva de Retorno”, adoptada por el Parlamento Europeo el 18 de junio de 2008.

Finalmente, en un tercer capítulo, se analiza la Política Migratoria de Retorno del Ecuador a fin de determinar si ésta respeta o viola los derechos humanos de la población migrante y, especialmente, si es una política que favorece el retorno voluntario de sus migrantes.

A mi abuelito Pepe Villalva,

Quien, a pesar de no estar junto a mí,

Continúa siendo mi más grande ejemplo de amor,

Dedicación y ternura.

Con amor,

*La Autora*

“Habría que añadir dos derechos a la lista de derechos del hombre:

El derecho al desorden y el derecho a marcharse”.

*Charles Baudelaire*

“El agradecimiento es la memoria del corazón”

*J. B. Massieu*

A mis padres, Rafael y Martha,

Quienes han sido mi roca y fortaleza

Durante el camino que me ha tomado llegar hasta aquí.

A mi tutora, Dra. Gina Benavides,

Cuya ayuda ha sido invaluable

Para la correcta elaboración del presente trabajo.

A Roger Saavedra,

Mi amigo y mi amor,

Quien nunca dejó de creer en mí

Y en mi capacidad para lograr lo que me propusiera.

## **TABLA DE CONTENIDO**

### **CAPÍTULO 1**

#### **MIGRACIÓN, RETORNO Y DERECHOS HUMANOS**

- Migrar: Un Derecho Humano
- El Derecho a Migrar y la Libertad de Circulación y Residencia
- El Derecho a Migrar y el Libre Desarrollo de la Personalidad
- Migración, Ciudadanía y Derechos Humanos
- El Derecho al Retorno Voluntario

### **CAPÍTULO 2**

#### **POLÍTICA MIGRATORIA DE RETORNO EN EUROPA Y ESPAÑA**

- Inicios de la Política Migratoria en Europa y España
- Política de Retorno Española
- Directiva de Retorno Europea

### **CAPÍTULO 3**

#### **POLÍTICA MIGRATORIA DE RETORNO EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

- Magnitud de Flujos de Retorno
- Marco Jurídico Ecuatoriano sobre Migración y Retorno
- Política Migratoria de Retorno Ecuatoriana

### **CONCLUSIONES**

### **BIBLIOGRAFÍA**

## Introducción

A raíz de la crisis económica registrada en 1999, el fenómeno migratorio internacional toma fuerza en Ecuador y se consolida como una estrategia de individuos y familias para enfrentar la caótica situación del país. La demanda en España de mano de obra y el hecho de compartir el mismo idioma, incentivaron la emigración hacia ese país.

La ola migratoria continúa, aunque en menor porcentaje. Esto se debe más a la aplicación unilateral de políticas migratorias restrictivas y discriminatorias impuestas desde los principales países de destino, que a una sólida reactivación económica capaz de persuadir a los ecuatorianos de permanecer en el país<sup>1</sup>.

A lo largo de las dos últimas décadas, la inmigración (Ecuador-España) se ha ido consolidando como tema político de enorme importancia para ambos países<sup>2</sup>. Por parte del Estado ecuatoriano la intensa salida de los migrantes ecuatorianos contribuyó a mostrar que el Ecuador carecía de una política de Estado en materia migratoria y por lo tanto, de una legislación acorde con las consecuencias jurídicas, económicas y familiares que la migración implica en miles de familias ecuatorianas.

España ha puesto en marcha Políticas de Retorno para que los emigrantes ecuatorianos puedan regresar a su país de origen con ciertos beneficios, buscando así aminorar el problema de desempleo presente en la sociedad española como consecuencia de la crisis económica actual.

---

<sup>1</sup> Alberto Acosta, Susana López y David Villamar, *La Migración en el Ecuador: oportunidades y amenazas*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, pp. 27-66

<sup>2</sup> De un total de 1.898.160 personas de origen latinoamericano que residían en Europa para el año 2005, medio millón de personas procedían de Ecuador. Esta intensificación del flujo migratorio convirtió al Ecuador en el tercer país receptor de remesas en América del Sur, experimentando un crecimiento constante desde los años noventa. A partir de 1999 las remesas recibidas constituyeron el segundo ingreso más importante para el país, sólo por detrás de los rubros por la exportación de petróleo<sup>2</sup>.

Cabe señalar que, de la invisibilidad de la temática migratoria en la agenda política, se ha pasado a un reconocimiento formal en la Constitución y en la Política de Estado, tal y como puede desprenderse de la creación de la Secretaría Nacional del Migrante y de los diversos proyectos legislativos sobre la migración que se encuentran en elaboración. Además, nuestro país reconoce la apertura de fronteras, no solo para una libre circulación de capitales y mercancías, sino también para la libre y digna circulación de personas, como fundamento de una nueva justicia transnacional que no acepta la existencia de seres humanos ilegales y reivindica el derecho a la libre movilidad humana.

La gran paradoja existente es que mientras las fronteras comerciales se abren y se eliminan las restricciones para el libre flujo de mercancías, capitales, inversiones e información, las fronteras físicas se cierran cada vez más para evitar la circulación de seres humanos de un país a otro<sup>3</sup>. Lo paradójico de esta situación radica en el hecho de que, por un lado, se impulsan los procesos de integración económica y el libre comercio en las Américas, mientras que, por otro lado, este tipo de acuerdos ha excluido el tema de la migración y el intercambio de mano de obra<sup>4</sup>.

Sobre este marco, el presente trabajo de investigación pretende analizar las Políticas Migratorias sobre Retorno, implementadas por Ecuador (país emisor) y España (país receptor), para determinar si éstas promueven o restringen el ejercicio de los Derechos Humanos de la población migrante. Además, se pretende destacar y defender la migración como Derecho Humano<sup>5</sup> y estudiar el derecho de toda persona a emigrar y a retornar

---

<sup>3</sup> Los países receptores de población migrante, en la mayoría de los casos, han reestructurado sus leyes migratorias para impedir la libre circulación de personas; el argumento central se basa en la concepción de la seguridad interna.

<sup>4</sup> Martha Cecilia Ruiz, “Integración Económica y Migración: Políticas restrictivas en tiempos de libre comercio”, en *Mujeres contra el ALCA*, Quito, Octubre de 2002, p. 107.

<sup>5</sup> La principal característica de los derechos humanos es que son inherentes a toda persona humana, su origen no está en el Estado ni las leyes sino la propia naturaleza o dignidad de la persona.

voluntariamente a su país de origen, teniendo en cuenta que el migrante es un ser humano y ciudadano.

La pregunta central que guía el presente trabajo de investigación es si las políticas migratorias sobre Retorno de Ecuador y España, favorecen o dificultan la vigencia y garantía de los Derechos Humanos de la población migrante o no. Esta tesis pretende analizar el derecho a migrar y a retornar voluntariamente de todo migrante y la población en la que centra su estudio es la de migrantes ecuatorianos retornados desde España en el período comprendido de 2005 al primer trimestre de 2011.

El enfoque teórico que utilizo para responder a esta pregunta es el de Derechos Humanos y lo hago desde los presupuestos planteados por Víctor Abramovich, quien considera que el Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos es un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de orientar el proceso de formulación, implementación y evaluación de políticas en el campo del desarrollo, y como una guía para la cooperación y la asistencia internacionales respecto a las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores, el alcance de la participación social y los mecanismos de control y responsabilidad que se necesitan a nivel local e internacional<sup>6</sup>.

Este autor señala algunos elementos útiles para el análisis de las políticas, en primer lugar el valor de los instrumentos internacionales como criterios orientadores del accionar estatal y fuente de su responsabilidad; en segundo lugar la importancia que da al respeto del principio de igualdad y no discriminación, contemplando la posibilidad de ubicar grupos específicos que necesitan mayor protección a fin de garantizar la igualdad material

---

<sup>6</sup>Víctor Abramovich, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias políticas de desarrollo de América Latina”, CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), Argentina, documento preparado para *Derechos y Desarrollo en América Latina: Una reunión de trabajo*, Santiago de Chile, diciembre 09 y 10 de 2004, pp. 4-6.

y no sólo la formal; y en tercer lugar la concepción de la persona y el carácter que las políticas deben adoptar al señalar que “se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas.”<sup>7</sup>

El enfoque de Derechos Humanos es un enfoque en el que se busca articular la perspectiva de Derechos Humanos con un análisis interdisciplinario, lo cual resulta pertinente dada mi formación en derecho económico, permitiéndome ampliar mi visión y campo de análisis. Este enfoque involucra mirar y hacer la comparación de si las políticas están adecuadas o no a los estándares internacionales de protección de Derechos Humanos.

Junto a esta concepción sobre el valor de los derechos humanos, los conceptos centrales que orientan este proceso investigativo son: políticas migratorias, migración y retorno.

Por migración se entiende “los desplazamientos de personas que tienen como intención un cambio de residencia desde un lugar de origen a otro de destino, atravesando algún límite geográfico que generalmente es una división político-administrativa”<sup>8</sup>. En palabras de Lelio Mármora es “el desplazamiento residencial de población desde un ámbito socio-espacial a otro, entendiéndose por éstos los ámbitos donde las personas desarrollan su reproducción cotidiana de existencia”<sup>9</sup>. Cabe precisar que se trata de migración internacional cuando se traspasa la frontera de un país.

---

<sup>7</sup> *Ibíd*em, p.4.

<sup>8</sup> Aída Ruiz García, “*Migración Oaxaqueña, una aproximación a la realidad*”, Oaxaca, Coordinación Estatal de Atención al Migrante Oaxaqueño, 2002, p.19.

<sup>9</sup> Gardenia Chávez Núñez, “Políticas Migratorias y Derechos Humanos”, en *Políticas Migratorias: Hacia la Gobernabilidad de las Migraciones Transnacionales*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009, p. 123.

Se debe tomar en consideración que existen diferentes tipos de migraciones, los dos tipos principales son los llamados desplazamientos “voluntarios” y “forzados”<sup>10</sup>. La migración voluntaria es un desplazamiento que ocurre generalmente por razones económicas y personales, entre otras; comprende tanto el desplazamiento interno como el de cruce de fronteras del país de origen y se produce en todas partes del mundo<sup>11</sup>. Migración forzada, a su vez, es la que tiene como principal causa de desplazamiento, la amenaza de daños o muerte como resultado de conflictos y persecución política y religiosa; así como la violación sistemática de los derechos humanos entre ellos y de los derechos económicos, sociales y culturales. También existe migración forzada por causas ambientales, de género y muchas ocasiones las situaciones hacen que sea difícil la clara distinción entre lo voluntario y lo forzado.

Las políticas migratorias son políticas públicas que contienen un cuadro normativo de acción dirigido al manejo de los asuntos migratorios de un país y/o región. Pero no sólo comprenden las normas legales, también abarcan distintos aspectos del fenómeno migratorio como el monitoreo de las condiciones y calidad de vida en el país de origen, la protección de las formas en las que se dan los desplazamientos, la vigilancia de las formas

---

<sup>10</sup> Manuel Carballo y Reinaldo Flores, “Migraciones: Causas e Implicaciones”, en *Movimientos de Población, Migraciones y Acción Comunitaria*, Barcelona, ICARIA, 2004, p. 64.

<sup>11</sup> Los desplazamientos voluntarios están cambiando la estructura económica y la función de sociedades y regiones enteras. El número oficial de emigrantes ha aumentado de manera continuada. Según la Organización de Naciones Unidas, en 1965 eran 75 millones de personas; en 1975, la cifra había aumentado hasta los 84 millones y, en 1985, se estimaba un total de 105 millones. En el año 2000, la Organización Internacional para las Migraciones estimó que el número oficial de emigrantes era de 150 millones<sup>11</sup>. Hay que tomar en cuenta que estas cifras no tienen en cuenta los millones de personas que traspasan las fronteras de sus países.

y condiciones en que se da el establecimiento de la nueva residencia en las sociedades de destino; y, la protección de los vínculos entre el lugar de destino y el de origen<sup>12</sup>.

Muchas veces son el resultado de amplios debates y luchas políticas en torno a la gestión de los flujos migratorios; surgen con frecuencia como resultado de intereses diferentes y contradictorios. Los de las sociedades receptoras de inmigrantes por un lado, los de los países de origen por otro, y a éstos se suman las aspiraciones de los Estados de tránsito, lo que configura un escenario difícil para el acuerdo: cada uno de los actores involucrados tiene su propia visión de este proceso y sus propias estrategias para afrontarlo.

En el marco de la migración internacional, se entiende ampliamente por retorno a la acción de regresar de un país (ya sea de tránsito o de destino) al país de previo tránsito u origen<sup>13</sup>. Mi concepción de retorno incluye a los procesos de *deportación* (acción de expulsar de un país a extranjeros que se encuentren en estado de inmigración ilegal); *expulsión* (sanción que se aplica a extranjeros en situación de inmigrante ilegal –sin papeles de residencia – y que consiste en la devolución a su país de origen y prohibición de regresar al territorio del Estado que lo expulsó); *repatriación* (devolución de una persona a su patria); y *extradición*.; precisando que existe tanto el retorno voluntario como el forzado.

La realización de esta investigación está basada en la recopilación de información secundaria, a partir de estudios e informes relevantes sobre migración y derechos humanos,

---

<sup>12</sup> Gardenia Chávez Núñez, “Políticas Migratorias y Derechos Humanos”, en Richard Salazar Medina, edit., *Políticas Migratorias: Hacia la gobernabilidad de las migraciones transnacionales*, Quito, Centro Andino de Estudios Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p. 123.

<sup>13</sup> Organización Internacional para las Migraciones –OIM, “Migración de Retorno”, <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/managing-migration/managing-migration-return-migration/lang/es/cache/offonce/>

normativa, marcos institucionales y de política pública, así como la recopilación de fuentes estadísticas sobre flujos migratorios de Ecuador y España.

Esta información fue complementada con información primaria que se obtuvo a partir de cuatro entrevistas realizadas a representantes de instituciones que trabajan directamente con el tema migratorio y de retorno: Dra. Gina Benavides, docente del Programa Andino de Derechos Humanos, de la Universidad Andina Simón Bolívar; la Srta. Alejandra Gómez, representante de la OIM (Organización Internacional para las Migraciones); la Srta. Germania Rivadeneira, representante de AESCO – ECUADOR, Área de Fortalecimiento Organizativo; Sr. Javier Arcentales, representante de la Casa de Movilidad Humana –Quito, junio 2011; y, finalmente, por intermedio del Dr. Patricio Benalcázar, se realizó la entrevista a la Srta. Catalina Cobo, Delegada de la Defensoría Pública en Italia. Debo indicar que fue imposible ampliar el marco de entrevistas debido a que en general las instituciones u organizaciones poseen poca información sobre este tema.

Dado que en los cinco últimos años han surgido políticas migratorias de retorno en los dos países analizados, el período de análisis que cubre este estudio es de 2005 a primer trimestre de 2011.

El estudio se condensa en tres capítulos cuyos principales contenidos son:

En el capítulo 1 se desarrolla el derecho a migrar y no migrar y su relación con la libertad de circulación y de residencia y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se establece la relación entre el Derecho a Migrar y la Ciudadanía, y la tensión existente entre ésta y los Derechos Humanos. Se finaliza con un análisis del Derecho al Retorno como parte fundamental del Derecho a Migrar.

En el capítulo 2 se analiza la política migratoria de la Unión Europea en su conjunto y particularmente de España, por ser éste el destino favorito de la población

migrante ecuatoriana. Se brinda una aproximación histórica del recorrido de esta política y se centra en un examen a la Directiva de Retorno adoptada por el Parlamento Europeo y aprobada por el Consejo de la Unión Europea.

En el capítulo 3, se investiga y analiza la política migratoria de retorno Ecuador, a partir de la dimensión que han tenido los flujos de migración y retorno; y se ubican los alcances de los marcos normativos, institucionales y de políticas adoptadas sobre el tema, observando su repercusión sobre derechos humanos.

Se consuma el presente trabajo de investigación, formulando algunas conclusiones y recomendaciones con las que se busca aportar a la comprensión del tema.

## **CAPÍTULO 1**

### **MIGRACIÓN, RETORNO Y DERECHOS HUMANOS**

En un mundo cada vez más interdependiente, ni la economía, ni las comunicaciones, ni el medio ambiente, pueden ser sostenibles en espacios nacionales cerrados. Tampoco las migraciones. No hay desarrollo sostenible sin desarrollo humano. No hay desarrollo humano sin libertad humana. No hay libertad humana si las fronteras no logran transformarse de barreras en puntos de convergencia e integración. El día que todos los países del mundo logren una armonización de intereses y una superación de prejuicios capaces de permitir a sus habitantes una circulación sin problemas, se habrá alcanzado sin dudas un nuevo hito en la historia de la humanidad.

Lelio Mármora

En el presente capítulo se desarrolla el tema de la migración entendida como un derecho humano y lo relaciono con la libertad de circulación y de residencia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En un segundo acápite, se ubica la relación entre migración y ciudadanía y la tensión existente entre ésta y los Derechos Humanos; para finalizar abordando la significación, características y el alcance del derecho al retorno, como parte fundamental del derecho a migrar.

## **Migrar: Un Derecho Humano**

La categoría de derecho humano de la migración es fuertemente debatida. Existen muchas discusiones y tensiones sobre si ésta es un derecho pleno o regulado; en ellas se vislumbra la disputa entre intereses estatales y ciudadanos.

La protección de los derechos humanos de las personas que han emigrado resulta en la actualidad una lucha de poder, que se enmarca en un ambiente tenso entre comprender a la migración como un derecho de la persona humana y la necesidad de regulación de los movimientos y flujos migratorios desde los estados nacionales.<sup>14</sup>

La doctrina considera que el derecho a migrar es una manifestación de la libertad física o de movimiento y posee el carácter de derecho humano fundamental. En este sentido, el profesor Luigi Ferrajoli considera al derecho a migrar como un derecho inalienable, irrenunciable y universal, superior a la soberanía de los estados<sup>15</sup>. Una posición similar es la que defiende María de las Nieves Cenicacelaya, para quien “el derecho a migrar es un derecho humano fundamental que encuentra reconocimiento indirecto en la libertad de circulación y residencia que, con diversa terminología y mayor o menor amplitud, consagran diversos instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos”<sup>16</sup>.

El derecho a migrar está incorporado a los tres textos fundamentales del derecho positivo de los derechos humanos. Estos textos son: la Declaración Universal de 1948 y los dos

---

<sup>14</sup> Gardenia Chávez Núñez, “Derechos Humanos, Migración y Políticas Migratorias en un Contexto Globalizado”, en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Diálogo y Debates sobre Derechos Humanos*, Quito, 2009, p. 355.

<sup>15</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001.

<sup>16</sup> María de las Nieves, Cenicacelaya, “Mercosur, integración y derecho a migrar: Una óptica desde el Derecho Constitucional”, La Plata, Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional del Mercosur 2004, p. 53.

Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos adoptados en 1966<sup>17</sup>. A la Declaración Universal de Derechos Humanos se le reconoce carácter de “*jus cogens*”<sup>18</sup> a nivel universal.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 13, proclama el derecho a salir y a retornar de un país en términos absolutos sin mencionar ninguna limitación<sup>19</sup>. Disposición similar contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 12, numerales 2 y 4 señala que “toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio” [...] y que “nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

El hecho migratorio también está regulado por otras convenciones y normas internacionales en materia de Derechos Humanos<sup>20</sup>; el texto internacional más extenso y específico sobre la cuestión migratoria es la Convención para la Protección Internacional de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, la que fue elaborada con el objetivo de proteger los derechos humanos de los trabajadores migrantes, que generalmente son lesionados; pero incurre en la paradoja de no reconocer el derecho a migrar internacionalmente como un derecho humano en sí mismo.

Así, el derecho a emigrar ha sido reconocido formalmente por los instrumentos de derechos humanos, pero los Estados no han asumido el deber correspondiente de dar

---

<sup>17</sup> Me refiero al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fueron establecidos el 16 de diciembre de 1966 e imparten obligatoriedad jurídica a los derechos proclamados por la Declaración.

<sup>18</sup> De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, normas de *jus cogens* son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario.

<sup>19</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 13: 1. “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

<sup>20</sup> Se pueden citar: la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres; la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los Derechos de los Niños; así como las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo-OIT que hacen referencia a la materia así como convenios bilaterales.

acogida a la persona que sale del país. La *inmigración* es una actividad sometida siempre a la voluntad unilateral del Estado que decide o no acoger libremente en su territorio al inmigrante<sup>21</sup>. Si se admite que toda persona tiene derecho a salir de su propio país no se entiende que no exista el deber correspondiente del otro país de admitirla.

El derecho a la emigración, queda así en la práctica limitado en su alcance al no admitirse la contrapartida lógica de todo derecho en términos de obligación de los demás. Es decir, si bien existe el derecho de emigrar tal y como lo reconoce con claridad la Declaración Universal, frente a ese derecho de emigrar no existe legislación alguna que recoja el derecho de acogida de los no nacionales<sup>22</sup>.

Como podemos ver, la posición generalizada es reconocer la existencia del derecho a emigrar, pero no del derecho a inmigrar. Al respecto, el Juez CançadoTrindade, en su voto concurrente a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, expresó:

A pesar de encontrarse hoy día reconocido el derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento, los Estados todavía no han reconocido el derecho correlato de inmigrar, creando así una situación que ha generado incongruencias y arbitrariedades, muchas veces afectando negativamente el debido proceso legal. Al perpetuar, de ese modo, las incertidumbres e inconsistencias, los Estados responsables por esta situación han dejado de actuar a la altura de sus responsabilidades como sujetos del Derecho Internacional, el derecho de gentes. Y han creado más problemas tanto para numerosos individuos directamente afectados como

---

<sup>21</sup> Laura Miraut Martín, “Problemas Pendientes de la Migración en un Mundo Dividido”, en *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 7.

<sup>22</sup> Emilia Santana Ramos, “Hacia una integración real de la inmigración en la sociedad receptora”, en *Justicia, Migración y Derecho*, Laura Miraut Martín (ed.), Madrid, Dykinson, 2004, p. 397.

en última instancia, para sí mismos, al contribuir indirectamente para la formación de los flujos de inmigrantes ilegales”.<sup>23</sup>

En este mismo sentido, Javier De Lucas sostiene que si se quiere tomar en serio el derecho a migrar, si se lo quiere ver como un derecho humano fundamental universal, se debe plantear la relación ya no con el derecho de salir libremente –el de emigración, sino con el derecho de inmigración como derecho de acceso y no sólo con el derecho de entrada a otro país, sino con el derecho de optar por la pertenencia a otra comunidad, a otra sociedad política<sup>24</sup>.

El hecho de la movilidad de millones de personas es uno de los aspectos más visibles de la actual fase de globalización y es a su vez uno de los desafíos políticos más importantes de nuestro tiempo. Las migraciones actuales entran en escena junto con el gran desarrollo, extensión y penetración de las nuevas tecnologías de información y comunicación, además de las grandes transformaciones económicas globales de los últimos años caracterizados por la implementación del libre mercado, la apertura de las economías de países pobres a mercados de capitales externos, y la revolución en los medios de comunicación afianzados por las innovaciones tecnológicas. Las migraciones internacionales han canalizado, y en algunos casos, determinado, la consolidación de los flujos del capital humano y la movilidad de las personas.

En este mundo globalizado en el que vivimos, no se termina de comprender cómo es que se pugna por el libre tránsito por las fronteras desde un contexto universal, pero para la movilidad poblacional, no funciona de igual manera. Para los seres humanos la

---

<sup>23</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los estados unidos mexicanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Voto concurrente del Juez CançadoTrindade.

<sup>24</sup> Javier de Lucas, “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en Laura Miraut Martín, coord., *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 29-30.

legislación migratoria es más controladora, severa, selectiva y apela a una política de seguridad nacional. Se da así una terrible contradicción porque cuando se trata de personas, quienes buscan crecer en lo personal, social y económico, la eliminación de barreras y la apertura de fronteras no opera, siendo más bien éstas rígidas e inhumanas.

Los procesos de globalización, por tanto, no se deben reducir a fomentar el libre mercado y la circulación de bienes, información y dinero sino que, en forma coherente, deben incluir la libre circulación humana y reconocer el derecho de las personas a asentarse en donde encuentren mejores opciones de vida.

Cabe mencionar que, a pesar de los múltiples tratados, convenciones y declaraciones en materia de migración y Derechos Humanos, no se logra aún resolver los problemas de racismo, xenofobia y discriminación, que enfrentan las personas inmigrantes. En este sentido, se constata una creciente brecha entre los instrumentos que protegen sus derechos y la realidad en donde, a menudo, son “objeto de explotación y tratados como chivos expiatorios de los males internos de los que adolecen nuestras sociedades”<sup>25</sup>.

Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados no deben subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad y no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas de carácter migratorio, siendo por lo tanto, incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos, cualquier actuación u omisión en ese sentido<sup>26</sup>.

También ha sostenido que los Estados están facultados para establecer mecanismos de control de ingreso y salida de migrantes indocumentados a su territorio, siempre y cuando lo

---

<sup>25</sup> CEPAL-OIM, Conferencia hemisférica sobre migración internacional: Derechos Humanos y trata de personas en las Américas. *Migración y Derechos Humanos*, Santiago de Chile, noviembre de 2002, Chile, p. 3.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03, párr. 172.

hagan con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana<sup>27</sup>. Ha señalado, además, que los Estados históricamente han dispuesto de esta facultad, sin significar ello que tal discreción no tenga que ser ejercida de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos<sup>28</sup>.

En adición, esta misma instancia jurisdiccional ha determinado que el Estado sólo puede otorgar un trato distinto entre los migrantes, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos<sup>29</sup>. De lo contrario, ello puede derivar en la responsabilidad internacional del Estado<sup>30</sup>.

Por otra parte, cualquier restricción al ingreso de personas a un Estado es válida si la restricción está prevista en una ley formal, responde a un interés legítimo expresamente manifestado del Estado, está racionalmente relacionada con un objetivo legítimo y no existen otros medios menos onerosos para los afectados.

De esta forma, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prohíbe las atribuciones soberanas de los Estados a determinar su política migratoria, sin embargo fija límites:

1. Los Estados no están en libertad de impedir su salida, el ingreso o la permanencia en su territorio de sus propios ciudadanos.
2. Los Estados no pueden discriminar a las personas en su Política Migratoria por razones del grupo étnico al que pertenecen, religión, origen nacional o social,

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, párr. 119.

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs Estados Unidos de América*, párr. 179.

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03, párr. 118 y 199. En igual sentido, Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*, párr. 155.

<sup>30</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, párr. 106.

opinión pública o de otra índole, idioma, estatus económico, nacimiento, sexo o género o preferencia sexual, u otra condición social.

3. Los instrumentos internacionales contienen una clara prohibición que es directamente aplicable en el tema migratorio: son contrarias al derecho internacional las deportaciones colectivas<sup>31</sup>.

De allí, surge la necesidad apremiante de encontrar un equilibrio entre el ejercicio de la soberanía estatal y los deberes que tienen los estados con la población inmigrante, quienes merecen el pleno respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Así también, las personas migrantes “deben recordar que, al tiempo que gozan de los derechos humanos fundamentales, también tienen el deber de respetar las leyes de los países de acogida”<sup>32</sup>.

### **El Derecho a Migrar y la Libertad de Circulación y Residencia**

El derecho de una persona a migrar está íntimamente relacionado con la libertad de movimiento, o libertad física, como una de las principales manifestaciones de la libertad. Como afirma Lelio Mármora, “es incuestionable el derecho que toda persona tiene de moverse libremente, por un mundo cuyo único propietario real es la misma humanidad”<sup>33</sup>.

Las fronteras –tal como se las está utilizando actualmente –son contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La distinción operada en las fronteras para decidir quién puede o no entrar en un territorio, funciona al margen del derecho que

---

<sup>31</sup> Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Artículo 22, inciso 9: “Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.

<sup>32</sup> CEPAL-OIM, Conferencia hemisférica sobre migración internacional: Derechos Humanos y trata de personas en las Américas. *Migración y Derechos Humanos*, Santiago de Chile, noviembre de 2002, p. 3.

<sup>33</sup> Lelio Mármora, *Derechos Humanos y Políticas Migratorias*, 21 de enero de 2003, p. 5; citado por Giuseppe Solfrini, ed., “Tendencias y Efectos de la Emigración en el Ecuador. Las Dinámicas de la Migración Irregular”, Volumen 2, Quito, ALISEI, 2005, p. 21.

los propios Estado-nación han creado por medio de diversos pactos y tratados internacionales<sup>34</sup>.

La libertad de circulación y de residencia se encuentra reconocida en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP<sup>35</sup>. Así también, la libertad de residencia está plasmada en el Artículo 13 numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dice: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a *elegir su residencia* en el territorio de un Estado”<sup>36</sup>.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General N° 27, aprobada en el año 1999, señala que para que una persona ejerza su *derecho a la libre circulación*, no debe aportar ningún motivo o razón específicos, pues basta su voluntad de trasladarse o de quedarse en un lugar. Esto significa que las autoridades no pueden condicionar un desplazamiento o un no desplazamiento a que se justifiquen determinadas razones, fines u objetivos (párrafo 5). Los derechos establecidos en el artículo 12 deben prevalecer no solamente frente a las autoridades u órganos del Estado, sino también frente a particulares.

En relación con la libertad de salir de cualquier país, incluido el propio, que preserva el párrafo 2 del artículo 12 de PIDCP, el Comité ha señalado que la libertad

---

<sup>34</sup>Miguel Carbonell, “El Derecho a Migrar y las Fronteras”, en Nicole Pérez Rúaless y Alex Valle Franco, edit., *Los derechos en la movilidad humana: del control a la protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 105.

<sup>35</sup>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 12: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

<sup>36</sup>Las cursivas son mías.

tampoco puede condicionarse a algún fin u objetivo concreto, ni tampoco a algún plazo durante el que un individuo decida permanecer fuera del país.

La libertad de circulación sufre particular interpretación en los casos de personas que migran a otros países y que como extranjeros deben asumir una redefinición de sus derechos. El Comité de Derechos Humanos en la mentada Observación General N° 27, ha destacado que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona (párrafo 1); señalando además que una vez que un Estado permite que un extranjero entre en su territorio, éste tiene acceso a todos los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>37</sup>.

De acuerdo con Miguel Carbonell, una de las aberraciones más grandes que se han cometido en nombre del derecho, es el nombrar a una persona “ilegal” por el único hecho de entrar a un determinado territorio sin “papeles” que lo respalden; éste es uno de los conceptos más curiosos que se han creado por el uso represivo de las fronteras y por el control de la migración que tiene tinte policial<sup>38</sup>.

Hay que comenzar por el principio, es decir, aceptar que la libertad de circulación es un derecho. Si se cree en la igualdad de los seres humanos, nadie tiene autoridad para negar a un semejante ese derecho básico de autonomía, el derecho a auto determinar su propia vida, a ejercer la libertad de decidir. Lamentablemente nos encontramos frente a un mundo en el que se defiende tales principios únicamente para unos pocos seres humanos (los llamados “legales”) mientras que se los niega a la inmensa población que es considerada como “ilegal”.

---

<sup>37</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 15, párrafo 6.

<sup>38</sup> Miguel Carbonell, “El Derecho a Migrar y las fronteras”, en Nicole Pérez Rúaes y Alex Valle Franco, edit., *Los Derechos en la Movilidad Humana: del control a la protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 99.

Como corolario de lo anotado, cabe decir que, si bien los Estados en el ejercicio de su política migratoria, podrían adoptar medidas que resulten en la restricción de ciertos derechos de las personas migrantes, no pueden, a partir de su condición migratoria, excluir a una clase de personas que se encuentran bajo su jurisdicción y control, de la protección que les otorga el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>39</sup>.

### **El Derecho a Migrar y el Libre Desarrollo de la Personalidad**

El Derecho a Migrar se encuentra relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que es considerado un derecho humano fundamental<sup>40</sup>, en tanto en cuanto éste protege las opciones de vida que los individuos, en virtud de su autodeterminación y elementos de juicio, adoptan para sí mismos. Resulta indudable que la decisión de migrar y residir en otro país, debe constituir una elección voluntaria de la persona en base a este derecho.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no se puede limitar por simples consideraciones a priori de interés general o de bienestar colectivo, desarrolladas de manera vaga e imprecisa. Por lo tanto, para que la limitación al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional<sup>41</sup>. A criterio de la Corte Constitucional Colombiana, *“no basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado. En consecuencia, simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales (Constitución Política, art. 15), o*

---

<sup>39</sup> En igual sentido, el Cuarto Informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 101.

<sup>40</sup> Los derechos humanos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano, pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana.

<sup>41</sup> Silvia Juliana Cortes Forero, Universidad Industrial de Santander, Colombia, en: <http://www.monografias.com/trabajos36/derecho-personalidad/derecho-personalidad2.shtml>

*de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho”<sup>42</sup>.*

La sentencia de la Corte Constitucional Colombiana afirma además que

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho de status activo que exige el despliegue de las capacidades individuales, sin restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico. Se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”<sup>43</sup>.

A su vez, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país que viven”, proclamada en 1985, ha interpretado la necesidad de insistir en el derecho a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación que tienen los extranjeros o apátridas<sup>44</sup>.

Finalizo este acápite integrando todo lo que abarca el derecho a migrar. En primer lugar, es un derecho humano fundamental que tiene tres dimensiones: 1. El derecho a no emigrar; 2. El derecho a emigrar; y, 3. El derecho a asentarse en el territorio del país de destino<sup>45</sup>. Este derecho implica que la decisión no sea forzada; debe ser una opción libre y autónoma de la persona humana, que se halla en franca relación con el derecho a la

---

<sup>42</sup>Corte Constitucional de Colombia, en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-532-92.htm>

<sup>43</sup> *Ibíd.*

<sup>44</sup> De conformidad con el 3° considerando del Preámbulo.

<sup>45</sup> Javier de Lucas, “La Unión Europea ante la Inmigración”, en Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava, edit., *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Lanús, 2009, p. 44.

permanencia en determinado lugar y el derecho a la integración a esa nueva comunidad política y social.

El derecho a migrar, a su vez, abarca también el derecho al *retorno voluntario* que tiene una persona, ya sea para regresar a su lugar de nacimiento o a cualquier otro país en donde haya vivido. En el caso de movilidad de tipo forzado, es necesaria la presencia de acciones de protección y reparación.

### **Migración, ciudadanía y derechos humanos**

La ciudadanía es un concepto que tradicionalmente ha denotado la adscripción de un sujeto a un estado nacional; llevada a cabo en virtud de conexiones territoriales o por lazos de parentela<sup>46</sup>. Es un vínculo que la persona establece con el Estado y que genera responsabilidades y compromisos para con esa determinada comunidad política. Frente a la supuesta universalidad de los derechos fundamentales, la ciudadanía da acceso al disfrute de los derechos políticos y económicos reconocidos por la colectividad estatal a la que se adscribe el ciudadano.

La ciudadanía a lo largo de la historia ha constituido un mecanismo de inclusión y exclusión, otorgando determinados derechos y deberes a ciertas personas y negándoselos a quienes no cumplan con los requisitos determinados para obtener la condición de ciudadano. Ésta es un estatus formal, pero también un vínculo de identidad y, sobre todo, un título de poder<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup>Miguel Carbonell, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, diciembre 2006, publicado en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coord., *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, IJ-UNAM, 2007, pp. 103-124.

<sup>47</sup> Javier de Lucas, “El Desafío Político de la Inmigración: La Ciudadanía Universal”, en *Movimientos de Población, Migraciones y Acción Comunitaria*, Barcelona, ICARIA, 2004, p. 86.

A partir del concepto de ciudadanía, se ha construido la distinción entre “ciudadanos” y “extranjeros”<sup>48</sup>; distinción que afecta directamente a la población migrante, quienes al llegar a la sociedad de destino, se ven marginados, con sus derechos recortados y convertidos en objeto de discriminación. Además, se encuentran “*en la intersección entre la extensión de derechos ciudadanos a los nacionales en el extranjero por parte de los países emisores y la atribución de derechos que otorga el país receptor de los migrantes*”<sup>49</sup>.

La ciudadanía es una institución política, jurídicamente positivada, de gran complejidad y con tensiones respecto de su relación con los derechos humanos. La ciudadanía entra en tensión con los derechos humanos ya que éstos hacen referencia a que toda persona, independientemente de su condición, tiene derechos, incluyendo los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y derechos Colectivos. Así, demanda la asociación de ciudadanía a la nación establecida territorialmente, por sobre la pertenencia a un Estado, su nacionalidad y territorio<sup>50</sup>.

Esta tensión es fundamental para comprender y analizar los derechos de las personas que migran, pues la ciudadanía, en tanto que es nacional, conlleva la noción de extranjería para quienes no son sus ciudadanos. Es así que, si en el manejo de esta tensión prevalece la noción liberal de ciudadanía por sobre la garantía de los Derechos Humanos, a

---

<sup>48</sup> Miguel Carbonell, “El Derecho a Migrar y las Fronteras”, en *Los Derechos en la Movilidad Humana: Del Control a la Protección*, Quito, V&M Gráficas, 2009, p. 101.

<sup>49</sup> Cristina Escobar, *Migración y Derechos Ciudadanos: el caso mexicano*, en (autor) *El País Transnacional. Migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2007, p. 231.

<sup>50</sup> Gardenia Chávez Núñez, *Derechos Humanos y Políticas Migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, p. 42.

tal punto que éstos sean restringidos, se daría la anulación de un derecho básico: *el derecho a tener derechos*, como base de la ciudadanía<sup>51</sup>.

De esta manera, la ciudadanía entra en frontal conflicto con el derecho al retorno voluntario de la población que emigra, puesto que estas personas al no ser consideradas “ciudadanos”, son potenciales víctimas de deportaciones –retorno forzado – situación en la que se ven recortados, por no decir totalmente ausentes, sus Derechos Humanos, viviendo así condiciones de alta vulnerabilidad y siendo víctimas de abusos y discriminación.

La realidad de los crecientes flujos migratorios muestra la necesidad de transformar la condición de ciudadanía para que deje de constituir un instrumento de exclusión<sup>52</sup> y la de establecer un modelo de ciudadanía que permita la inclusión de los inmigrantes y que respete sus derechos humanos, económicos, políticos, sociales, abandonando la visión instrumental de la inmigración de reconocer al migrante como un factor ajeno y secundario a la sociedad de llegada, a quien sólo se le otorga valor en tanto en cuanto es “apetecible” para los intereses de la sociedad de llegada.

Respecto de la situación de la migración, hay que destacar que los derechos humanos, en tanto sentido de convivencia y derechos éticos constituyentes del Estado, dan prioridad a la relación de la persona –sujeto de derecho – con el Estado, es evidente que la noción de ciudadanía debe ser replanteada. Frente a esto, Boaventura de Sousa Santos ha planteado la creación de una ciudadanía universal o cosmopolita, que debe ser entendida como aquella “*concepción alternativa de ciudadanía nacional y global*”, necesaria para la

---

<sup>51</sup> Gardenia Chávez Núñez, *Derechos Humanos y Políticas Migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, pp.43 y 44.

<sup>52</sup> Étienne Balibar, *¿Qué significa la Ciudadanía Europea?*, Revista Internacional de Filosofía Política, abril de 1994; citado por Javier de Lucas, “El Desafío Político de la Inmigración: La Ciudadanía Universal”, en Laura Miraut Martín, ed., *Movimientos de Población, Migraciones y Acción Comunitaria*, Barcelona, ICARIA, 2004, p. 87.

inclusión social de los no ciudadanos, de los excluidos en el ejercicio de derechos debido a un accidente natural de nacimiento en tal o cual ubicación geográfica. Se trata de una ciudadanía de alcance universal, extendida a todo habitante de este planeta, por su simple condición de ser humano<sup>53</sup>.

Esta concepción de ciudadanía requiere que se eliminen las fronteras a tal punto que se constituya un “estado global” en el cual instaurarla. Lamentablemente consiste en algo sumamente difícil de conseguir, por no decir que es una utopía. Por ello, se deben buscar otras salidas que permitan cambiar la concepción actual de ciudadanía y que den el paso inicial para superar la tensión existente entre ésta y los derechos humanos. Una de ellas puede ser la propuesta por Gardenia Chávez Núñez: *“el reconocimiento del derecho a la ciudadanía sin discriminación alguna y por tanto, no atada a la nacionalidad establecida desde los estado-nación y/o su territorialidad y/o filiación consanguínea”*<sup>54</sup>.

### **El Derecho al Retorno Voluntario**

El derecho al retorno es un concepto de Derecho Internacional que apoya el derecho que tienen las personas migrantes de regresar a sus países de origen<sup>55</sup>. Los Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos lo contemplan expresamente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el 2º párrafo del artículo 13 señala textualmente: “2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

---

<sup>53</sup>Boaventura Santos de Sousa y César Rodríguez, “El Derecho y la globalización desde abajo”, en Cristina Blanco, *Las migraciones contemporáneas*, Barcelona, Anthropos, 2005, p.21.

<sup>54</sup> Gardenia Chávez Núñez, *Derechos Humanos y Políticas Migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, pp.45 y 46.

<sup>55</sup> “¿Qué es el derecho al retorno?”, *s.f.*, en: <http://www.lular.info/a/mundo/2010/07/Que-es-el-Derecho-al-Retorno.html>

El artículo 13 de la Declaración de 1948<sup>56</sup> contiene una visión limitada del derecho al retorno, puesto que se refiere a "su país", asumiéndose que se trata del país donde el emigrante nació. Esta declaración deja en el limbo a las personas apátridas, a los refugiados u otras personas que ya no vivían en su país de origen y residían en otro. Considero que el derecho al retorno debe comprender el retorno al país donde nació, al país donde la persona residía, e inclusive a cualquier otro territorio en donde el ser humano se haya encontrado y establecido y no sólo, como lo señala la Declaración, al país en donde nació.

Pero éste no es el único texto que contempla el derecho de retorno. En la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, consta el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a salir libremente de su estado de origen así como el derecho a regresar en cualquier momento a su estado de origen y permanecer en él<sup>57</sup>. La citada Convención prevé, además, la prohibición de expulsión de un estado a los trabajadores migratorios y sus familiares; no se los puede privar de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo<sup>58</sup>.

El derecho al retorno es un derecho inalienable y no prescribe con el tiempo. Es, en su origen, un derecho personal, pero también un derecho colectivo congruente con el derecho de autodeterminación. Como derecho personal, no existe nada que pueda

---

<sup>56</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Artículo 13: "1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

<sup>57</sup> Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Artículo 8.

<sup>58</sup> Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Artículo 56.

sustituirlo o representarlo, ni puede ser derogado por razón alguna ni por acuerdo, ni declaración.

El derecho al retorno debe ser tomado en cuenta como parte del derecho a migrar, vinculado directamente con el derecho de las personas a la libre circulación, amparado también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde mi perspectiva, el derecho al retorno debería ser de carácter voluntario<sup>59</sup>; esto es particularmente importante frente a una realidad en la que cotidianamente se lo vulnera por decisiones de expulsión o deportación de migrantes, expedidas en un marco de criminalización de la migración, en el cual el migrante es visto como un delincuente, un agente externo con carácter criminal.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados - ACNUR, en su Resolución N° 30 del 15 de agosto de 2002, se pronuncia sobre el derecho de retorno de los refugiados y de las personas internamente desplazadas, confirmando en su numeral 5 que, el ejercicio del derecho al retorno es voluntario y no está sujeto a permiso ni aprobación. Se insta a los Estados a tomar medidas para velar por la seguridad física de los retornados; a suprimir todos los obstáculos jurídicos y administrativos al retorno<sup>60</sup>.

El retorno, es parte del derecho a migrar y por tanto es una de las expresiones del ciclo migratorio. Éste puede ser de carácter definitivo, temporal, cíclico o incluso puede llegar a no ejercerse; lo fundamental es que responda a la decisión de la persona, es decir que sea voluntario y no le sea impuesto, puesto que si se lo impone dejaría de ser un derecho y se convertiría en una violación, en una expulsión atentatoria que rompe la esencia del derecho a migrar.

---

<sup>60</sup>Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados - ACNUR, Resolución N° 30 del 15 de agosto de 2002, numeral 7.

A mi modo de ver, el derecho al retorno no puede ser obligatorio, es decir, la persona en goce de este derecho puede decidir regresar o no a su país de origen o antigua residencia y no verse forzado a ello. Se incluye además la posibilidad de que el individuo retorne a algún país de tránsito.

Siendo el derecho al retorno un derecho humano fundamental, los Estados tienen obligaciones de respetar, proteger y realizar este derecho. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de interferir en el disfrute de los derechos; la obligación de realizar exige que el Estado promueva la adopción de medidas legislativas, administrativas, presupuestales y judiciales, entre otras, que resulten necesarias para alcanzar la efectiva realización del mismo.

En tal sentido, el respeto por el derecho humano al retorno debe estar presente en las normas, instituciones y marcos legales del Estado; éste tiene la obligación de implementar de manera expedita los proyectos para llevar a cabo dichas acciones, y los obstáculos que pueda representar la falta de recursos no pueden ser interpretados como una justificación para la falta de acción.

Los países, tanto de origen como de destino y los de tránsito, están en la obligación de ejecutar las acciones necesarias para la efectiva aplicación del derecho al retorno, otorgando a los emigrantes las facilidades para que tramiten su regreso al país que elijan, sin menoscabos de ninguna clase. El derecho al retorno se encuentra en el marco de respeto a los estándares de derechos humanos siempre y cuando se respete la dignidad de las personas migrantes, su real potestad de decidir voluntariamente si desean retornar a su país de origen o al que fue su morada anteriormente.

Sobre la relación existente entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al retorno voluntario, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional

Colombiana<sup>61</sup>, ha sentado un precedente importante al expresar que *“Una persona que opta por establecerse, vivir y trabajar en otro país por sus propios méritos y medios económicos, no puede ser obligada a retornar a su patria por simples razones de conveniencia nacional”*<sup>62</sup>.

Para finalizar este capítulo, cabe recapitular lo que abarca el derecho al retorno. Éste es considerado parte fundamental del derecho humano a migrar, y por lo tanto comparte su carácter universal. Consiste en la prerrogativa que tiene todo ser humano de regresar, luego de haber emigrado, a su país de origen, a un país de tránsito, o a un país en el que desempeñó sus actividades anteriormente. No se lo limita únicamente al país de nacimiento u origen de esa persona.

El derecho al retorno puede ser de carácter voluntario o de carácter forzado, como es el caso de las deportaciones o expulsiones de migrantes irregulares; a su vez, puede ser temporal o definitivo. Hay que tomar en cuenta que el derecho al retorno no sólo se relaciona con el país de destino sino también con el país de origen, teniendo éste que respetar la decisión del ser humano de retornar o no a él y en el caso de que decida hacerlo, no impedirle la entrada al mismo.

---

<sup>61</sup> Integrada por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>62</sup> Sentencia N° T-532/92, de 23 de septiembre de 1992.

## **CAPÍTULO 2**

### **POLÍTICA MIGRATORIA DE RETORNO EUROPEA Y DEL REINO DE ESPAÑA**

¿En qué medida la sumisión a la política migratoria de la Unión Europea de criminalizar al inmigrante irregular en el espacio de libertad, seguridad y justicia comunitaria, permite la construcción de una Europa de ciudadanos plenos y no sólo de súbditos consumidores y mercaderes?

Colectivo Ioé

Para iniciar este capítulo se realiza una breve descripción de la evolución histórica de la Política Migratoria Europea, desde su aparición en 1997 –con el Tratado de Ámsterdam – hasta la actualidad; así como de la Política Migratoria del Reino de España.

En un segundo acápite se analiza específicamente la Política Migratoria de Retorno Española, su marco legal y las implicaciones que ésta tiene en los derechos humanos de la población migrante; al tiempo que se caracteriza esta población para identificar a quiénes se dirige en concreto esta política.

Se finaliza con un exhaustivo análisis de la Directiva de Retorno de la Unión Europea, adoptada por el Parlamento Europeo el 18 de junio de 2008 y aprobada por el

Concejo de la Unión Europea el 9 de diciembre del mismo año, que tuvo como objetivo armonizar los procedimientos que siguen los Estados Miembros de la Unión Europea para la repatriación de inmigrantes irregulares; Directiva que ha sido objeto de graves acusaciones por vulnerar de manera flagrante los Derechos Humanos de la población que migra.

### **Evolución Histórica de la Política Migratoria Europea**

A inicios de los años 70, debido a la crisis petrolera, la política de reclutamiento de inmigrantes se detuvo y las fronteras se cerraron. A partir de este período la inmigración hace su aparición con fuerza en la agenda política de diversos países y se incorpora como un punto de los Acuerdos Supranacionales Europeos.

En 1985, se firmó el Acuerdo de Schengen<sup>63</sup>, cuyo objetivo era suprimir los controles en las fronteras interiores (entre los países que lo firmaron) a cambio de asegurar el control de las fronteras exteriores comunes, con el fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos de la Unión<sup>64</sup>. El espíritu de este acuerdo consistía en la desconfianza hacia los inmigrantes, viendo a la migración como un problema y una amenaza.

Ciertamente, en la década de los ochenta hubo una intervención común de los Estados en materia de extranjería<sup>65</sup>. A medida que evolucionaba la integración europea, se iban adoptando medidas dirigidas a fortalecer los controles en las fronteras exteriores<sup>66</sup>, a

---

<sup>63</sup> Por parte de Alemania, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Luego se incorporaron al Acuerdo Italia, España y Portugal.

<sup>64</sup> Jesús E. Peces Morate, “Las Declaraciones de Derechos y su Efectividad respecto de los inmigrantes”, en Jesús Ernesto Peces Morate, Dir., *Inmigración y Derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, LERKO PRINT S.A, 2002, p. 189.

<sup>65</sup> M. Zamora Crespo, “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, en *Políticas Comunitarias. Bases Jurídicas*, coord. Antonio Calonge Velásquez, 2002, pp. 113 y 134.

<sup>66</sup> Véase el Convenio Schengen de 19 de junio de 1990.

evitar que el asilo se convirtiese en una puerta de entrada de inmigrantes económicos y a elaborar una eficaz política de readmisión.

A partir de este momento, las medidas sobre inmigración se convirtieron en un tema de seguridad, desarrollándose acciones de cooperación policial y judicial entre los estados firmantes<sup>67</sup>. Desde entonces y hasta la fecha, ésa es la visión que se mantiene del fenómeno migratorio, situado en el mismo espacio que el tráfico de drogas, el terrorismo y las economías ilegales<sup>68</sup>.

Años más tarde, la actuación europea se amplió hacia otros aspectos de la extranjería, como la integración de los inmigrantes residentes legales en la Unión, la proclamación de sus derechos en territorio comunitario y la lucha contra el racismo y la xenofobia. No obstante, a partir del Tratado de Ámsterdam de 1997, las cosas cambiaron, ya que éste estableció por primera vez la competencia comunitaria sobre inmigración y asilo<sup>69</sup>.

Dicho de otra manera, el Tratado de Ámsterdam dio el empuje que la inmigración, el asilo y la política de visados necesitaban, ya que la base jurídica de estas áreas pasó de ser parte del tercer pilar del Tratado de Maastricht (con una mera cooperación intergubernamental entre Estados) a componer el primer pilar o Pilar Comunitario. A pesar del gran paso dado, en el pilar comunitario rige una cláusula de salvaguardia, en beneficio de los Estados miembros, que impide la entrada del Derecho comunitario en el núcleo duro de la soberanía interior.

---

<sup>67</sup> Catherine de Wenden, *El fenómeno migratorio... op. cit.*, p. 89.

<sup>68</sup> Sandra Gil, "La Construcción de una Política Migratoria en la Unión Europea", en *Movimientos de Población: Migraciones y Acción Humanitaria*, Barcelona, Icaria Editorial, S.A, 2004, p. 102.

<sup>69</sup> F. Aldecoa Luzarraga, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*, edit. Tecnos, 2002, p. 234.

Así las cosas, durante el Consejo Europeo de Tampere<sup>70</sup>, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea decidieron crear una política de inmigración común. Este Consejo asienta la política de readmisión y retorno<sup>71</sup>. A raíz de los acuerdos adoptados en Tampere, la Unión Europea se planteó la necesidad de desarrollar políticas comunes en materia de inmigración, sin dejar a un lado la necesidad de llevar a cabo un fuerte control de las fronteras exteriores buscando poner fin a la inmigración ilegal<sup>72</sup>.

En el discurso político se incorporó criterios de integración de los inmigrantes, aunque sin asegurar su plena equiparación de derechos, mientras que en la práctica se reforzó la cooperación policial bajo la perspectiva de controlar la amenazante presión migratoria. Después, en los Consejos Europeos de Laeken<sup>73</sup> y de Sevilla<sup>74</sup>, se insistió en la necesidad de fijar normas para establecer un programa comunitario respecto a la inmigración y al asilo<sup>75</sup>.

A partir del año 2001, la Unión Europea<sup>76</sup> tomó decisiones sobre materia migratoria, tanto a nivel comunitario como para los países extracomunitarios. Entre éstas

---

<sup>70</sup> 15 y 16 de octubre de 1999.

<sup>71</sup> Jesús Ernesto Peces Morate, “Las Declaraciones de Derechos y su Efectividad respecto de los inmigrantes”, en *Inmigración y Derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, LERKO PRINT S.A., 2002, pp. 190-191.

<sup>72</sup> Emilio José Gómez Ciriano, “La invisibilidad de los Inmigrantes Irregulares en el Nuevo Marco Normativo de Extranjería”, en *Inmigración y Derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, LerkoPrint, 2002, p. 220.

<sup>73</sup> 14 y 15 de diciembre de 2001.

<sup>74</sup> 21 y 22 de junio de 2002.

<sup>75</sup> Además, es preciso resaltar que los Estados miembros son parte del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y que en su territorio los extranjeros gozan de los derechos que la Convención les reconoce.

<sup>76</sup> La Unión Europea es una comunidad política de Derecho constituida en régimen de organización internacional sui generis, nacida para propiciar y acoger la integración y gobernanza en común de los pueblos y de los Estados de Europa. Fue establecida con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, el 01 de noviembre de 1993. La Unión Europea posee una dinámica de integración regional muy acentuada, con un sistema jurídico y político comunitario, único en su especie; promueve la integración continental por medio de políticas comunes que abarcan distintos ámbitos de actuación. Los Estados Miembros de la Unión Europea atribuyen a ésta determinadas competencias, ejerciendo una soberanía en común o compartida que se despliega a través de los cauces comunitarios.

cuentan dos reglamentos, cuatro decisiones del Consejo y tres Directivas relacionadas con visa, fronteras exteriores, asilo, reagrupación familiar, estudiantes, investigadores, inmigrantes irregulares, expulsión e integración.

El 29 de octubre de 2004 los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la Unión Europea firmaron en Roma la Constitución Europea. En materia de inmigración, la Constitución<sup>77</sup> no ha hecho más que confirmar el proceso que ya se venía registrando en el Derecho comunitario desde los años 90. La política de inmigración presenta una doble cara: es política de control por una parte y es política de acogida e integración por otra.

En los últimos años, ha penetrado en la Unión un gran número de nacionales de terceros países, y estas presiones migratorias continúan, con el consiguiente aumento de contrabando, tráfico e inmigración ilegal. Ante esta situación, el problema es que las políticas migratorias de los Estados Miembros de la Unión Europea han fracasado, tanto en lo que se refiere a la regulación de los flujos migratorios como en lo que respecta a la integración social de la inmigración<sup>78</sup>.

### **Evolución Histórica de la Política Migratoria Española**

Históricamente, España<sup>79</sup> ha sido un país de emigración. Sin embargo, a partir de 1999 y debido al constante crecimiento de su flujo de inmigrantes, se convirtió en uno de los principales países receptores de inmigración, a tal punto que para el año 2010, ya era el país de Europa que contaba con la mayor cantidad de inmigrantes (4.926.608 millones de

---

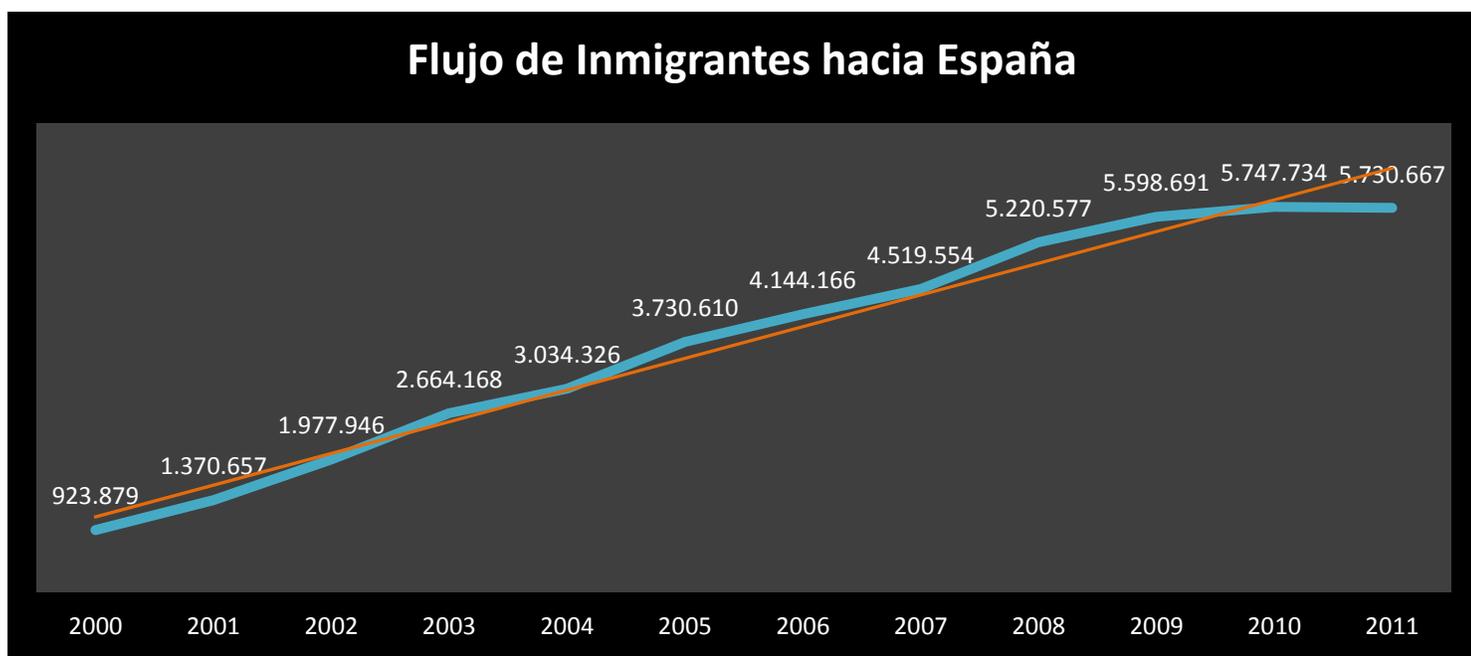
<sup>77</sup>Constitución Europea, Parte III, Título III, Capítulo IV, artículo 267.

<sup>78</sup>J. Mercader Uguina y A.B. Muñoz Ruiz, “El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, p. 36.

<sup>79</sup>España, en su Constitución, se define como un *Estado social y democrático de Derecho*, cuya forma política es una Monarquía parlamentaria (Art. 1).

personas, de las que un 48,75% proceden de países no comunitarios) y el segundo del mundo, luego de Estados Unidos<sup>80</sup>.

GRÁFICO 1



Elaborado por: María de los Ángeles Herrera Villalva y Gina Benavides, 2011.

La inmigración entró en la agenda política del gobierno español en 1985, pero tan sólo a mediados de la década de los 90 pasó a ser un asunto de importancia crucial para la élite política y la opinión pública. En 1985 se promulgó la *Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros* (en adelante LDLEx), norma en extremo débil en relación con los derechos de los inmigrantes<sup>81</sup>, misma que sentó las bases de una política migratoria

<sup>80</sup> Blog “*Inmigrantes en España*”, al 01 de marzo de 2011, en: <http://madrepatria.blogspot.com/2011/03/el-numero-de-inmigrantes-no.html>

<sup>81</sup> No garantizaba la estabilidad jurídica, el derecho de permanencia indefinida, el de reagrupación familiar, ni abordaba las cuestiones relacionadas con la integración social de los inmigrantes. Se presentó como una ley de derechos y libertades, como un auténtico estatuto del extranjero, pero en realidad no fue más que una ley de diferenciación y exclusión.

centrada en el control de los flujos desde una visión restrictiva y de orden público<sup>82</sup>. Se debe tomar en cuenta que esta ley fue expedida seis meses antes de que España pasara a formar parte de la Unión Europea, por lo tanto la normativa respondía a los intereses comunitarios de frenar la inmigración mediante fuertes controles fronterizos, más que a la realidad de los flujos migratorios de la época.

Las normas generadas en la década de los ochenta, marcaron las pautas básicas y los principios rectores que, en su parte sustancial, no han sido modificados hasta la actualidad. En su conjunto, esta normativa<sup>83</sup>, puso el acento en la función de control del flujo inmigratorio y en la regulación de los requisitos exigidos a la presencia de extranjeros en el territorio, con dos regímenes claramente diferenciados: el de los ciudadanos de los países comunitarios y el de aquellos que llegan a España mediante la solicitud de asilo.

### **La Política Migratoria de Retorno Española**

El 11 de enero de 2000, se aprueba la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000, sobre *Los derechos y deberes de los extranjeros y su integración social*. Respecto de la anterior ley, ésta significó un paso adelante en el reconocimiento de los derechos de los extranjeros ya que les reconocía derechos sanitarios, independientemente de su situación legal y establecía un procedimiento permanente de regularización siempre que se pudiera demostrar una estancia de dos años en territorio español y el desarrollo de una actividad económica<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Lorenzo Cachón, “Los Acuerdos Bilaterales celebrados por España con Ecuador y Colombia”, en *Estudios sobre Migraciones Internacionales, Acuerdos Bilaterales de migración de mano de obra; Estudio de casos*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Sector de la Protección Social – Programa de Migraciones Internacionales, 2004, p. 31

<sup>83</sup> Se hace referencia a la Ley de Extranjería de 1985, su correspondiente Reglamento de Desarrollo de 1986, la Ley de Asilo de 1984, y su Reglamento de Desarrollo de 1985; el Real Decreto de 1986 y dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional: 107/1984 y 115/1987).

<sup>84</sup> Jesús Peces Morate, *Las Declaraciones de... op. Cit.* p. 198-199.

En diciembre del mismo año se aprueba la Ley de Extranjería (8/2000)<sup>85</sup>, que surgió como réplica frontal a la anterior. Ésta recortó los derechos de reunión, asociación y huelga de los inmigrantes irregulares. Se la considera una ley rígida y criminalizadora de la inmigración ya que establece y refuerza diferentes categorías de ciudadanos a los que les corresponden derechos diferenciados (españoles, europeos comunitarios, residentes de terceros países, inmigrantes irregulares) e institucionaliza diversos grados de exclusión entre las personas, vulnerando el principio de igualdad que debe regir la convivencia entre los ciudadanos de un país democrático.

La ley 8/2000 acentúa el control de los flujos migratorios constituyéndose en una reglamentación policial que, además de reforzar el control de flujos de inmigración, anula o restringe los derechos sociales y políticos que los inmigrantes habían conseguido con la ley precedente<sup>86</sup>. El inmigrante es visto sólo como trabajador de estancia transitoria, negándole, así, su condición plena como sujeto de derechos.

En el año 2001 se sentaron las bases para el Programa de Retorno Voluntario Progresivo<sup>87</sup>, que tenía como fin legalizar la permanencia en España de los ecuatorianos indocumentados. Para lograrla, la única manera establecida por dicho programa, eran las repatriaciones de manera voluntaria y paulatina, con las cuales los ecuatorianos obtendrían en territorio ecuatoriano visas y contratos de trabajo, regularizando así su condición en España<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Ley 8/2000, fue aprobada el 22 de diciembre de 2000 y entró en vigencia el 23 de enero de 2001.

<sup>86</sup> Marcelo Bonilla Urvina, "La construcción de la imagen del migrante en España", en Programa Andino de Derechos Humanos, ed., *Globalización, Migración y Derechos Humanos*, Quito, 2004, pp. 47-52.

<sup>87</sup> Mediante la suscripción de la denominada Acta de la Reunión Bilateral Hispano-Ecuatoriana, entre el Canciller Ecuatoriano y el Delegado de Migración y Extranjería de España, el 25 de enero de 2001.

<sup>88</sup> El 31 de enero de 2001 se suscribió el Acuerdo de Regulación y Ordenación de los Flujos Migratorios entre Ecuador y España. La "Operación Ecuador", como se llamó a este Acuerdo, concedió permisos de trabajo y residencia a los inmigrantes indocumentados que hubiesen llegado a España antes del 22 de enero de 2001, y que se acogieran al programa de retorno voluntario al Ecuador para legalizar su situación.

En abril de 2002 se publicó la Comunicación 175 “Libro Blanco sobre una política común de retorno de residentes ilegales”. Éste estructura lo que sería una de las estrategias constantes hasta la actualidad: el “*retorno forzoso*” de las personas extranjeras en situación irregular, bajo un discurso de “*retorno voluntario*”.

Se puede afirmar, tomando como punto de partida el año 2000, que la legislación originaria en materia de extranjería ofrecía una regulación más flexible de lo que se puede observar en las modificaciones que le siguieron. Las posteriores reformas, en lugar de ampliar el espectro de la ley de base, introdujeron importantes restricciones, algunas de las cuales, incluso se consideraron contrarias a la Constitución Española.

Caracterizando la migración que ingresa a España, se tiene que los principales flujos migratorios pertenecen a la población rumana, ecuatoriana, marroquí y colombiana<sup>89</sup>. Para una mejor visión del tema, se presentan como *ANEXOS*, gráficos que muestran los principales grupos de extranjeros que han inmigrado a España, desde el año 2005 al 2009.

Hasta la fecha, el Derecho de Extranjería Español evidencia importantes contradicciones como la existente entre la condición jurídica de irregularidad y la supuesta universalidad de los derechos humanos más básicos. La mera existencia de estas situaciones irregulares acaba contraviniendo la propia lógica del sistema y lo pone en evidencia, reflejando la escasa adecuación de las normas a la realidad inmigratoria<sup>90</sup>. El aspecto social integrador ha sido relegado a un segundo plano respecto al ámbito controlador y represivo.

---

<sup>89</sup> Documento sobre la caracterización de la Inmigración, escrito por Colectivo Ioé. Fuente: <http://www.colectivoioe.org/uploads/edb969a5b5bb4f6aaf3f9afb865cf396533d9315.pdf>

<sup>90</sup> Eduardo J. Ruiz Vieyetz, “Estado actual de la extranjería en el Estado español. Análisis Crítico de las Políticas Institucionales y Sociales”, en Unidad de Estudios Humanitarios, ed., *Movimientos de Población: Migraciones y Acción Comunitaria*, Barcelona, 2004, p. 123.

La política migratoria española establece ciertos requisitos para otorgar la autorización de ingreso y permanencia de personas en su país, caracterizando varias situaciones para el otorgamiento de visas. Por lo general, la autorización de ingreso considera a la persona como potencial mano de obra, se justifica si es necesaria para ciertos espacios productivos, y establece ciertas características de calificación técnica y/o profesional que deben ajustarse a los requerimientos establecidos por España.

La “selección” de los migrantes que llegan a su territorio –viéndolos como medios y no como sujetos portadores de derechos –, contraviene el principio de no discriminación de los derechos humanos y superpone una lógica de seguridad basada en los intereses estatales<sup>91</sup>. Además, la inmigración en España es vista como temporal, como un fenómeno transitorio y controlable y no como un hecho complejo que involucra derechos humanos y que puede ser definitivo.

El proceso mediático de elaboración de normas legales y administrativas que se ha desarrollado en España, país de destino para flujos migratorios originarios de Ecuador, ha dado como resultado un marco legal y una política migratoria restrictivos<sup>92</sup>, en el que se evidencia la tensión respecto de la relación entre migración, ciudadanía y derechos humanos, expuesta en el capítulo anterior. El sistema jurídico español que regula la extranjería es claramente contradictorio ya que se empeña en reprimir y controlar la inmigración a través de normativas que no son eficaces en el plano de la realidad, lo que da como resultado un ordenamiento jurídico incierto que desvirtúa el principio básico de la seguridad jurídica. Los derechos de libre circulación y residencia de los inmigrantes, son

---

<sup>91</sup> Gardenia Chávez Núñez, “Políticas Migratorias y Derechos Humanos”, en Richard Salazar Medina, edit., *Políticas Migratorias: Hacia la gobernabilidad de las migraciones transnacionales*, Quito, Centro Andino de Estudios Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p. 79.

<sup>92</sup> Bolívar Torres, “Los Mecanismos Internacionales de Protección de los Derechos de los Inmigrantes”, en Javier Ponce Leiva, ed., *Migrantes: problemas y ayudas*, Quito, Editorial El Conejo, 2005, p. 35.

regulados desde las necesidades laborales del Estado Español y no –como debería ser – desde la garantía de los derechos de las personas migrantes y de las adecuaciones de la sociedad que las recibe.

La respuesta más elaborada que el Estado español ha ofrecido al fenómeno de la inmigración y a sus consecuencias corresponde al ámbito de la política normativa. “El Derecho de Extranjería no hace sino reflejar en lenguaje jurídico las decisiones políticas adoptadas y convertirlas en normas coercitivamente aplicables”<sup>93</sup>. Se considera que la Política Migratoria Española debería contemplar procesos periódicos de regularización y no, como hasta hoy se ha manejado, basarse únicamente en la expedición de leyes represivas caracterizadas por una lógica restrictiva.

La política migratoria de retorno española ha trastocado el sentido y proyección del derecho al retorno, lo ha utilizado como un mecanismo para reprimir y controlar la inmigración irregular, teniendo como base un marco normativo represivo que da como resultado un ordenamiento jurídico incierto que desvirtúa el principio básico de la seguridad jurídica.

Retomando a Mármora, se puede afirmar que la política migratoria española y europea en general se ha presentado y es en la práctica una política pragmática y explícita, pues hay un proyecto político-económico que la sustenta, ha creado todo un marco de legitimidad normativa, política e institucional; y se ha traducido en la negociación de acuerdos bilaterales con los estados para sustentarla.

En lo que respecta a España, su plan retorno y su nueva política migratoria, tienen como objetivo el reforzar el movimiento de retorno de migrantes que ya no son necesarios en el sector secundario del mercado laboral español, sin tomar en cuenta las necesidades de

---

<sup>93</sup>*Ibíd.* p. 119.

los migrantes y sus familias. La política migratoria de retorno española y europea busca a toda costa empujar al migrante a un “retorno voluntario” que deviene en uno forzado, que es la negación del derecho en mención.

Lo que España debería hacer es implementar procesos de regularización, ya que es bueno para los trabajadores indocumentados y para la sociedad en general. La regularización migratoria de trabajadores es un medio para combatir el trabajo informal –la economía sumergida – al mismo tiempo que supone una mejora en la vida de esos trabajadores. Además, la regularización crea una mayor visibilidad de un grupo social sobre el cual las políticas sociales deben proteger, pero, justamente en razón de su condición irregular, usualmente le es negada dicha protección.

Dentro de la Unión Europea, las actitudes se dirigen hacia la dirección opuesta; en ésta la forma de resolver el problema de la inmigración irregular está más cerca de la criminalización que de la regularización. Las experiencias pasadas acerca de programas de regularización en Europa, han demostrado que la manera más efectiva de reducir la explotación y las prácticas ilegales de empleadores son la eliminación del estatus irregular y desprotegido de los trabajadores migratorios; eso los hace menos vulnerables en las relaciones laborales.

El Global Migration Group destacó la necesidad de adoptar una serie de medidas “más constructivas” para el tratamiento de la migración irregular. Entre ellas, sostiene que debe proveerse mecanismos más regulares para que los trabajadores migrantes puedan insertarse en trabajos de todos los sectores de la economía del país de destino, y considerar seriamente la regularización de quienes se encuentran con estatus migratorio irregular<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup>Global Migration Group, *International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60<sup>th</sup> Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, October, 2008, p. 43.

## **La Directiva de Retorno de la Unión Europea**

La lucha contra la migración irregular se ha convertido en la política prioritaria para la Unión Europea, suponiendo el aumento de la vigilancia y el control sobre los flujos de migrantes y medidas de retorno de éstos a sus países de origen. La Directiva de Retorno, aprobada el 9 de diciembre de 2008, se presenta en esa dirección. Dentro de esta “lucha”, los derechos de las personas migrantes están relegados a un segundo lugar, o de plano ausentes de las políticas adoptadas al respecto.

En la Unión Europea se han venido adoptando marcos normativos cada vez más estrictos y restrictivos, y diseñando políticas públicas migratorias que recortan los derechos de la población migrante, catalogados como “nacionales de terceros estados”, especialmente si no cuentan con un permiso de residencia en algún país de la Unión. Se evidencia una tendencia a recortar los derechos de las personas que migran, siendo la Directiva de Retorno, su ejemplo más claro y preciso.

La Directiva sobre los procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, más conocida como “Directiva de Retorno”, fue adoptada por el Parlamento Europeo el 18 de junio de 2008 y aprobada por el Consejo de la Unión Europea<sup>95</sup> el 9 de diciembre del mismo año<sup>96</sup>. Su objetivo era armonizar los procedimientos que siguen los Estados Miembros de la Unión Europea en la repatriación de inmigrantes irregulares<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup>Muchas veces el Parlamento Europeo había hecho explícito su desacuerdo con el camino que estaba tomando la construcción de la política migratoria comunitaria y con las posiciones del Consejo Europeo, más en esta ocasión no fue así. La Directiva fue aprobada con 369 votos a favor, 197 votos en contra y 106 abstenciones.

<sup>96</sup> Javier de Lucas, *La Unión Europea ante la inmigración... op.cit.*, p. 41.

<sup>97</sup>Directiva de Retorno, artículo 1.

La aprobación por parte del Parlamento Europeo de este texto supone un paso más hacia la armonización de la política y la normativa de la Unión Europea en materia de inmigración y asilo. Sin embargo, su ratificación no ha estado exenta de polémica ya que ha sido calificada por algunos sectores de inhumana e injusta y algunos dirigentes latinoamericanos la han denominado "Directiva de la vergüenza".

Para la Directiva, el término *retorno* significa el proceso de vuelta, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso, tanto al país de origen del inmigrante, a un país de tránsito –con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales de otro tipo – o a otro tercer país al que el inmigrante decida volver voluntariamente y vaya a ser admitido<sup>98</sup>. El retorno es clasificado como retorno *voluntario* si concurre un acatamiento voluntario de la obligación de retorno y como retorno *forzoso* a sensu contrario, aunque al analizar el texto completo de la Directiva nos damos cuenta de que no se trata de un retorno o una repatriación en sentido estricto, sino de una expulsión.

Para efectos de la Directiva, el término “expulsión” significa la ejecución de retornar, es decir, el transporte físico fuera del país<sup>99</sup>; sin embargo en el análisis que realizo, se lo utiliza para denotar el “tinte obligatorio y forzoso” asignado por ésta al retorno.

En el texto se comprende por “decisión de retorno” a cualquier decisión administrativa, resolución judicial o acto por el que se declare ilegal la estancia de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno<sup>100</sup>. Según la

---

<sup>98</sup>Ibídem, artículo 3, literal c.

<sup>99</sup>Ibídem, artículo 3, literal e.

<sup>100</sup>Directiva de Retorno, artículo 3, literal d.

Directiva, se pretende promover el concepto de “retorno voluntario” de los inmigrantes ilegales.

Éste consiste en que la persona indocumentada recibe la *orden* de retorno y debe abandonar “voluntariamente” el territorio de la Unión en el plazo previsto. Los países tienen la discrecionalidad de decidir el plazo máximo para el “retorno voluntario” en un intervalo de entre 7 y 30 días. Resulta evidente el carácter obligatorio del retorno, en la concepción de este término por parte de la Directiva; inclusive si el inmigrante se acata “voluntariamente”, no queda duda de que está frente a una orden obligatoria de retornar.

Para evitar el riesgo de fuga, se le puede pedir al inmigrante que cumpla con determinadas obligaciones, como el presentarse periódicamente a las autoridades, el depósito de una fianza, la retención de documentos o el permanecer en un lugar determinado<sup>101</sup>, tal y como si se tratara de un delincuente. Es necesario recordar que los migrantes en situación irregular sobre el territorio de la Unión Europea son niños, mujeres y hombres que como todo ser humano tienen derechos. No son en ningún caso "*seres humanos ilegales*". El término "*ilegal*" no sólo estigmatiza sino que también sugiere la existencia de una sub-categoría de ser humano que por el solo hecho de haber dejado su país de origen, la mayoría de las veces por necesidad, estarían considerados a priori como sinónimo de ser delincuentes o criminales.

Transcurrido el plazo mencionado, si el inmigrante no ha abandonado el país, las autoridades pueden dictar una “orden de internamiento temporal” y trasladar a la persona a un “*centro de internamiento*”<sup>102</sup>, en donde pueden estar internados un plazo de 6 meses, el

---

<sup>101</sup>Ibídem, Artículo 7, numeral 3.

<sup>102</sup>Directiva de Retorno, Artículo 16, numeral 1: “Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado Miembro no pueda proporcionar

que puede ser ampliado hasta 12 o 18 meses si el inmigrante o el país de origen no “coopera” en la repatriación. El “internamiento” en realidad significa “detención”.

Otra situación que preocupa y lesiona gravemente los derechos humanos de la población migrante es su detención en “*centros de internamiento*<sup>103</sup>”, convirtiéndolos en reos pese a que no han cometido un delito sino tan sólo incurrido en una falta administrativa. Además ni siquiera es obligatoria la orden judicial para su aprehensión, sino que ésta puede ser dictada por cualquier autoridad administrativa.

La *orden de internamiento*<sup>104</sup> puede ser dictada por una autoridad judicial o administrativa<sup>105</sup>, en el caso de que “haya argumentos fundados para creer que hay riesgo de fuga<sup>106</sup> y no sea suficiente aplicar medidas menos coercitivas”. Si la orden de retención la da una autoridad administrativa, el inmigrante puede pedir un proceso judicial que revise la legalidad de la orden. Esto contraviene claramente a una de las garantías de la seguridad jurídica que es, precisamente, que sea únicamente una autoridad judicial certificada adecuadamente quien emita decisiones en la materia; mucho más si son de tal envergadura.

---

alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos a internamiento estarán separados de los presos ordinarios”.

<sup>103</sup> Directiva de Retorno, artículo 16.

<sup>104</sup> Directiva de Retorno, Capítulo IV, Artículo 15: “1. Salvo que en el caso concreto de que se trata puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados Miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión, especialmente cuando haya riesgo de fuga, o cuando el nacional de un tercer país afectado evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión. El internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras se llevan a cabo las gestiones para la expulsión, las cuales se ejecutarán con la debida diligencia. 2. El internamiento será decidido por las autoridades administrativas o judiciales. [...]”.

<sup>105</sup> Directiva de Retorno, Artículo 8, numeral 3: “Los Estados Miembros podrán adoptar una decisión administrativa, resolución judicial o actos independientes por los que se ordene la expulsión”.

<sup>106</sup> Directiva de Retorno, Artículo 3, literal g: “Riesgo de fuga es la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos en el Derecho y que hagan suponer que un nacional de un tercer país, sujeto a procedimientos de retorno, pueda fugarse”.

Para Javier de Lucas, los centros de internamiento son un verdadero limbo jurídico para el inmigrante<sup>107</sup>, que no son una prisión, pero tampoco centros de acogida o integración, pues suponen un régimen de privación de libertad y débiles garantías para la población migrante. La detención, se considera, debería ser una excepción absoluta y puesta en marcha únicamente como último recurso; además, la retención debería limitarse a días y no a meses.

Por otro lado, esta duración excesiva de dieciocho meses es tanto más preocupante en lo que se refiere a las condiciones degradadas de la vida cotidiana (higiene, acceso a primeros auxilios, acceso a sus derechos) en los centros de internamiento o retención destinados para el efecto, y la presente Directiva Europea no fija ninguna norma de protección suficiente para impedir que las condiciones actuales deplorables de privación de libertad se degraden más.

El permitir la expulsión a países terceros, y no al país de origen, menoscaba doblemente a los inmigrantes afectados, sin dejar a un lado que las condiciones en las que se realiza el internamiento que se asemejan más a las de una cárcel; no se les garantiza a los inmigrantes el derecho a la comunicación ni a la tutela judicial efectiva, mucho menos su derecho a defenderse y a ser presumidos inocentes.

Otro motivo de preocupación es la falta de monitoreo de las condiciones de detención de los migrantes en espera de su deportación por parte de los Estados. Las condiciones físicas de detención que sufren los migrantes violentan en forma sistemática normas fundamentales de Derechos Humanos, se asemejan más a las de una prisión, no se garantiza el derecho a la comunicación, ni a la tutela judicial efectiva, mucho menos el

---

<sup>107</sup>Javier de Lucas, “La Unión Europea ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política”, en Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava, edit., Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2009, p. 52.

derecho a la defensa, a la presunción de inocencia y otras garantías jurídicas imprescindibles en los procedimientos administrativos sancionadores.

La Directiva también contiene una *prohibición de ingreso*, que se refiere a la prohibición que tiene el inmigrante, una vez que ha sido expulsado, de volver a un país de la Unión Europea durante un plazo de 5 años<sup>108</sup>. Las órdenes de retorno voluntario que no se respeten implicarán la prohibición de volver a la UE de manera definitiva.

Un punto de especial controversia es la detención de menores, solos o acompañados<sup>109</sup>, quienes también pueden ser repatriados si su familia o un centro de acogida le recibe en su llegada. Pese a que la Directiva prevé que éstos serán tratados teniendo en cuenta su vulnerabilidad, no es aceptable bajo ningún punto de vista el que menores puedan ser puestos en retención durante 18 meses.

Los menores son ingresados en los mismos centros que los adultos y su expulsión se realiza sin la garantía de reagrupamiento familiar, en franca contradicción con lo manifestado en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño<sup>110</sup>. Resulta de tinte absurdo el leer en la Directiva la afirmación de que su aplicación tendrá debidamente en cuenta *el interés superior del niño*<sup>111</sup>, cuando en ninguna mente cabe siquiera la idea de que los menores sean detenidos en las mismas condiciones que los adultos.

---

<sup>108</sup>Directiva de Retorno, artículo 11: “1. Las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada: si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o si la obligación de retorno no se ha cumplido. En otros casos, las decisiones de retorno podrán ir acompañadas de una prohibición de entrada. 2. La duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no será superior a 5 años. Podrá ser superior a cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional”.

<sup>109</sup>Directiva de Retorno, Artículo 17.

<sup>110</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, artículo 9, numeral 1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. [...]”.

<sup>111</sup>Directiva de Retorno, artículo 5.

El principio del interés superior del niño tiene un reconocimiento convencional en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos de los Niños<sup>112</sup>, es una norma consuetudinaria, puesto que es connatural a la esencia de la naturaleza humana<sup>113</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado sobre este principio y ha señalado que “...la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Constitución cuando el caso se refiera a menores de edad. [...]”<sup>114</sup>.

Además, ha señalado que éste se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades<sup>115</sup>. En su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ratificó este principio<sup>116</sup>. La detención en sí misma de menores no acompañados, está prohibida en tanto principio general, por el Comité de Derechos del Niño de la ONU<sup>117</sup>.

Los niños migrantes constituyen uno de los grupos en situación más vulnerable del continente europeo. Las políticas de control migratorio dirigidas concretamente hacia la

---

<sup>112</sup> Convención sobre los Derechos de los Niños, artículo 3: “En todas las decisiones que conciernen a los niños, que sean el hecho de instituciones públicas o privadas de protección sociales, de los tribunales, de las autoridades administrativas o de los órganos legislativos, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial”.

<sup>113</sup> Gloria, Baeza Concha, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, núm. 2, p. 359.

<sup>114</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia del 8 de diciembre de 2005, párr. 134.

<sup>115</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C Nº 100, párr. 134, p.55.

<sup>116</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A Nº 17, párr. 56, p. 61.

<sup>117</sup> Al respecto, véase Comité de derechos del Niño, Observación General 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, del 01 de septiembre de 2005.

migración irregular, han modificado dramáticamente la postura de los gobiernos, la cual ha pasado de la necesidad de protegerlos, hacia el deber de controlar y reprimir su condición irregular. La detención de migrantes indocumentados, incluidos niños junto a sus familias, es una disposición criminal de la Directiva de Retorno que se analiza; ésta ha sido reiteradamente evidenciada no solo por organizaciones no gubernamentales sino también por la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>118</sup>. Junto a la obligación moral de proteger a todo niño que se encuentre bajo su jurisdicción, y por ende, su responsabilidad, los gobiernos europeos se deben a los compromisos jurídicos internacionales de derechos humanos, como la Convención de los Derechos del Niño.

No cabe duda que la Directiva es un mensaje dirigido a la población europea para convencerla de que se la trata de proteger frente a la creciente amenaza que representa la inmigración descontrolada, y mucho más teniendo en cuenta la crisis económica que se vivía al momento de su aprobación. Identifica el concepto de inmigrante con el de delincuente.

Las disposiciones de la Directiva parecen ignorar que existen reglas de Derecho Internacional relativas particularmente a los derechos de los emigrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, y que ninguna medida de retorno forzado puede contravenirlas. Ésta comporta graves riesgos de violación de los Derechos Humanos de los inmigrantes, hace posibles restricciones injustificadas de sus derechos fundamentales y de sus garantías, poniendo en entredicho principios básicos del Estado de Derecho. Realmente no es una exageración el haberla denominado “Directiva de la vergüenza”.

---

<sup>118</sup>Véase el caso de *Tabitha Mitunga*, en el cual el gobierno belga fue condenado por el trato inhumano brindado a una niña migrante; caso *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, demanda 13178/03, sentencia del 12 de octubre de 2006.

Como se señaló en el capítulo anterior, la libertad de circulación es un principio universalmente reconocido no sólo por el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sino también por el artículo 8 del Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias y el artículo 2 del Protocolo N°4 del Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos. A estos textos fundamentales puede también incluirse la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el respeto de la libertad universal de circulación y la importancia capital de la reagrupación familiar<sup>119</sup>.

La Directiva de Retorno contradice principios claves de derecho internacional, a los cuales están obligados todos los Estados Miembros, como la prohibición de expulsiones colectivas<sup>120</sup>; la no expulsión de solicitantes de asilo<sup>121</sup>; la protección de la vida privada y familiar<sup>122</sup>; el derecho a un recurso efectivo contra una decisión de repatriación, expulsión, encarcelamiento o de prohibición de readmisión<sup>123</sup>; entre otras.

La prohibición a los Estados de expulsar colectivamente de su país a personas extranjeras está estrechamente ligada con el derecho a un debido proceso y de acceso a la justicia, puesto que el objetivo de dicha prohibición busca que una persona sólo pueda ser deportada de un país como consecuencia de un debido proceso legal referido a su situación particular y los hechos puntuales de cada caso.

---

<sup>119</sup>Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el respeto de la libertad universal de circulación y la importancia de la reagrupación familiar del 01 de marzo de 2001.

<sup>120</sup>Protocolo N° 4 del Convenio Europeo de Salvaguardas de los Derechos Humanos, artículo 4.

<sup>121</sup>Convenio de Ginebra relativo al estatuto de los refugiados, artículo 33.

<sup>122</sup>Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos, artículo 8; y, artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>123</sup>Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos, artículo 13.

Es particularmente preocupante comprobar que sobre diferentes puntos la Directiva de Retorno no respeta los “*Veinte principios rectores sobre el retorno forzado*”<sup>124</sup>, negociados en el seno del Consejo de Europa y aprobados por el Comité de ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo 2005<sup>125</sup>. Estos principios constituyen un código de conducta que identifica las buenas prácticas y plantea recomendaciones; son una referencia en materia de procedimiento de expulsión de los extranjeros en situación irregular.

---

<sup>124</sup> Los principios que flagrantemente son violados por la Directiva de Retorno, a saber.- Principio N° 4: Este principio rector se refiere a la notificación de la decisión de expulsión. Sin embargo, en la lectura del proyecto de directiva, resulta que no se da ninguna precisión sobre los órganos que pueden proveer la información, y tampoco se aclaran las consecuencias del incumplimiento de esta disposición; Principio N° 5: Este principio rector se refiere al recurso contra una decisión de expulsión. En esta ocasión se recuerda que el plazo de ejercicio debe ser suficiente, y que debe revestir un efecto suspensivo cuando el extranjero invoca un temor de tortura o de tratamientos inhumanos o degradantes. La Directiva de Retorno no prevé de ninguna manera la garantía de la imparcialidad del tribunal que evalúa un recurso contra una decisión de expulsión. Además, no está previsto un examen riguroso de las alegaciones de violación de los derechos humanos que supondría un retorno al país; Principio N° 8: Tiene que ver con la duración de la detención. Este principio rector tiene relación con la duración de detención. El punto 1 menciona: “ *toda detención previa debe ser tan breve como sea posible.* ” La duración prevista por la Directiva que puede ir hasta 18 meses contrarresta claramente el principio aprobado de este modo por el Comité de ministros del Consejo de Europa; Principio N° 10: Este principio rector, titulado “ *Condiciones de detención previamente a la expulsión* ”, describe en siete puntos tanto el estatuto del extranjero detenido como los lugares de detención y el personal a cargo de su funcionamiento. En el texto de la Directiva no se hace ninguna referencia a la calificación del personal; lo mismo ocurre sobre la cuestión del control regular de los locales de privación de libertad y sobre la posibilidad de denunciar malos tratos o protección contra los actos de violencia. Además, no se da ninguna precisión sobre los modos de comunicación del reglamento interior de los locales a los extranjeros retenidos; Principio N° 14: Aquí está evocado el apátrida, y precisa “*el Estado de origen debe abstenerse de privar arbitrariamente a la persona concernida de su nacionalidad, en particular con el fin de evitar una situación de apátrida. También debe abstenerse de autorizar la renuncia a la nacionalidad si esta renuncia corre el riesgo de implicar, para la persona que posee la nacionalidad de este estado, una situación de apátrida que esta se podría utilizar después para impedir su retorno*”. En la Directiva de Retorno los casos de apátridas son pura y simplemente no mencionados; Principio N° 17: Este principio rector trata de la dignidad y la seguridad. Recuerda que “*Respetando la dignidad de las personas durante el proceso de expulsión, conviene, en el momento de la operación de expulsión, asegurarles el mismo nivel de seguridad a otros pasajeros y a los miembros de la tripulación que al interesado mismo. La expulsión puede ser abortada si la ejecución de la operación compromete este principio*”. El respeto de la dignidad y de la seguridad habría debido contenerse en las disposiciones del artículo 10 de la Directiva, situación que no ocurre; y, finalmente, el Principio N° 20: Este último principio rector se refiere al control y los recursos. Establece en cuatro puntos la puesta en marcha de mecanismos eficaces de control de las operaciones de retorno forzado. Tal mecanismo de control está absolutamente ausente del texto de la directiva. Lo mismo ocurre con las vías de recurso abiertas con el fin del cuestionamiento de estas operaciones.

<sup>125</sup> “*Veinte principios rectores sobre el retorno forzado*” adoptados por el Comité de Ministros y los comentarios que se apoyan en estos principios preparados por el comité ad hoc de expertos sobre los aspectos del asilo territorial, de refugiados y apátridas (CAHAR) Sitio web:

[www.coe.int/t/dg3/migration/Source/20\\_Guidelines\\_Forced\\_Return\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/migration/Source/20_Guidelines_Forced_Return_fr.pdf)

Con esta Directiva, los derechos de las personas migrantes quedan relegados a un segundo lugar, por no decir notablemente ausentes de las políticas y medidas adoptadas en su materia. Se habla de la construcción de un modelo de “migración circular” en el que la población migrante pueda ingresar y salir de cualquier territorio en libertad y sin estar sujetos a trabas ni condiciones, mas no es así. Los trabajadores migratorios laboran en condiciones de trabajadores útiles con derechos sociales, económicos y culturales recortados, y ven casi por completo suprimido su derecho a la reagrupación familiar<sup>126</sup>; entendiéndose por “trabajadores útiles” aquellos que cubren las necesidades del mercado laboral de los países europeos, siendo así que, cuando ya no se los necesita, son expulsados a sus lugares de origen mediante disposiciones violatorias como es el caso de la presente Directiva.

La Directiva de Retorno contradice principios básicos del estándar europeo e internacional de Derechos Humanos y es rechazable pues se trata de un instrumento de política migratoria que propugna un carácter criminalizador de la inmigración, estigmatizándola. Incluso entra en contradicción con principios claves de un Estado de Derecho, como es el de garantía jurisdiccional de los derechos, el de presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a la libertad, a la integridad personal, el interés superior del niño, entre otros.

Contamina el derecho al debido proceso ya que no se garantiza el acceso a una defensa adecuada frente a un tribunal independiente; a su vez, repugna el hecho de que

---

<sup>126</sup> *Ibíd.*, p. 39-40

para los inmigrantes rige otra lógica jurídica que no es la del Estado de Derecho sino la de la excepcionalidad<sup>127</sup>.

Así también, comporta el riesgo de lesionar gravemente derechos fundamentales reconocidos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por los Estados Miembros. La Directiva cae en una paradoja, al señalar que la detención de un inmigrante se justifica por razones administrativas, para agilizar un procedimiento de expulsión, mientras que en la realidad y contradictoriamente a ello, se habilitan plazos exageradamente amplios para dicho procedimiento.

La Directiva de Retorno de la Unión Europea es denominada “selectiva”, pero en realidad es un eufemismo que oculta su verdadero sentido: “excluyente”, ya que no sólo implica un retorno forzoso de los inmigrantes hacia sus países de origen, sino que marcan a éstos como ciudadanos de segunda categoría.

La adopción de esta medida se inscribe como un mecanismo funcional que dentro del proceso de globalización económica, tras la apariencia de progreso mediante el comercio y de interdependencia de los países, lleva oculta una realidad de dominación y aumento de la desigualdad en beneficio de los más fuertes. Uno de los procesos de globalización económica más importantes es el de la Unión Europea, el que constituye una serie de dinámicas irreformables desde sus instituciones, diseñadas para favorecer dichas dinámicas globalizadoras.

El derecho de retorno en la Unión Europea, es usado como un mecanismo de control que atenta a la naturaleza del derecho general a migrar y como un dispositivo para la ejecución de su política migratoria, restrictiva y violatoria de derechos. En el marco de

---

<sup>127</sup>Javier de Lucas, “La Unión Europea ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política”, en Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava, edit., Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2009, p.51-52.

la crisis económica de los años 2009-2010 y los efectos negativos que comportó para la población inmigrante, que en un gran porcentaje pasó de una condición regular a una irregular<sup>128</sup> con su implícito riesgo a ser expulsado, entró nuevamente en juego una política inmigratoria que mira en el retorno un mecanismo para deshacerse de la mano de obra que ya no le es funcional.

Las estadísticas muestran la gran cantidad de inmigrantes que han retornado de España, siendo así que en el año 2008 unas 1.800 personas inmigrantes se acogieron al Plan de Retorno Voluntario Español. En este año, los nacionales que se acogieron a la iniciativa en un mayor número fueron los bolivianos (516), argentinos (313) y brasileños (232), seguidos de los hondureños (96), ecuatorianos (72), uruguayos (71) y chilenos (70)<sup>129</sup>.

En el 2009, 142.000 personas salieron de España, de las cuales 70.000 eran debido a la caducidad de su residencia legal<sup>130</sup>; y, en el año 2010 se estimó que salieron de España unas 2.000 personas cada mes, dando un total de 24.000 personas<sup>131</sup>, tomando en cuenta que el INE<sup>132</sup> no cuenta con cifras totalmente reales dada la cantidad de migración irregular existente en España.

---

<sup>128</sup>Debido a la crisis inmobiliaria que se produjo en España, se dio como consecuencia el alza inimaginable del valor de las deudas que los migrantes habían adquirido al comprar sus pisos; al no tener dinero para pagarlas perdían sus bienes; con la crisis no había trabajo; sin trabajo no había contrato; sin contrato no podían cotizar a la Seguridad Social; y sin esa cotización era inviable la renovación de la visa, requisito fundamental para continuar gozando de la calidad de “migrante regular”.

En lo que no existe confusión es que las personas que pierden la legalidad son empujadas a aceptar condiciones laborales precarias. Les están llevando a la economía sumergida”; eso podría explicar el incremento de remesas familiares en el último año.

<sup>129</sup><http://www.latribuna.hn/2009/05/20/post10064557/>

<sup>130</sup><http://mandioca.wordpress.com/2011/01/04/espana-fracasa-en-el-plan-de-retorno-voluntario-para-inmigrantes/>

<sup>131</sup><http://lacomunidad.elpais.com/ivettedurancalderon/2010/7/24/espana-es-pais-la-ue-con-mas-demanda-retorno-voluntario>

<sup>132</sup>Instituto Nacional de Estadísticas de España

La Política Migratoria de la Unión Europea, representada en su Directiva de Retorno, es una manera de ver de cerca la expulsión de los migrantes de una forma agresiva inhumana y desesperante<sup>133</sup>. Desde que la decisión de retornar es voluntaria, garantiza los derechos humanos; si esta no es dada de esa manera, vulnera los derechos de los migrantes<sup>134</sup>.

La Directiva de Retorno de la Unión Europea entra en contradicción con principios claves de un Estado de Derecho, como es el de garantía jurisdiccional de los derechos, el de presunción de inocencia y el derecho a la defensa. Este texto implica un intento forzoso de deportación o expulsión de inmigrantes hacia sus países de origen y entre uno de los problemas más graves que representa están las condiciones físicas de detención que sufren los migrantes, mismas que violentan en forma sistemática normas fundamentales de derechos humanos.

Una lógica securitizadora es la que subyace detrás de la Directiva de Retorno, que se basa en elementos restrictivos y de coerción, descuida los derechos de los inmigrantes y disminuye sus garantías jurídicas<sup>135</sup>.

La aprobación de esta directiva refuerza la idea de que el retorno, ya sea voluntario o forzado, constituye el instrumento clave para la gestión de la inmigración<sup>136</sup>. Esta concepción se asienta en una lógica de mercado, que únicamente toma en cuenta la necesidad de mano de obra del inmigrante<sup>137</sup>. Por lo tanto, cuando el mercado laboral se ve afectado, los primeros en estar demás son los inmigrantes, “sin tener en cuenta su

---

<sup>133</sup>Entrevista realizada a Germania Rivadeneira, representante de AESCO – ECUADOR, Área de Fortalecimiento Organizativo, Quito, junio 2011.

<sup>134</sup>Entrevista realizada a Alejandra Gómez, ent. citada.

<sup>135</sup>María Isabel Moncayo, “Políticas de Retorno... op. Cit. p. 3.

<sup>136</sup>Ibídem, p.12.

<sup>137</sup>María Isabel Moncayo, “Políticas de Retorno... op. Cit. p. 3.

contribución al crecimiento económico en tiempos de bonanza, ni [...] los proyectos personales y familiares que supone la aventura migratoria”<sup>138</sup>.

### **Jurisprudencia Europea en materia de retorno**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en prácticamente todas las decisiones que ha tomado en el tema de políticas migratorias y derechos de las personas que migran y habitan en alguno de los Estados Europeos, se ha encargado de dejar bien claro que los Estados, con base en un principio de derecho internacional bien establecido, tienen el derecho de controlar la entrada, estancia y la salida de los no nacionales. Es decir, tienen la facultad de definir su propia política migratoria: decidir quiénes pueden ingresar, en qué condiciones (de ingreso y residencia), y bajo qué circunstancias esas personas pueden ser expulsadas.

A su vez, la Corte Europea ha expresado continuamente que las políticas que un Estado adopta para ejercer esa competencia (en el ámbito migratorio) deben ajustarse a las obligaciones establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales<sup>139</sup> (en adelante CEDH). De esta manera, a partir del análisis sobre la aplicación de los diferentes derechos del Convenio a situaciones vinculadas con las políticas de control y regulación de la inmigración y los derechos de las personas migrantes, el Tribunal ha ido definiendo una serie de límites a la discrecionalidad con la que cuenta un Estado.

Es así que el nivel y alcance de reconocimiento que la Corte Europea ha efectuado respecto de los derechos de las personas migrantes, cambia no sólo según los hechos y

---

<sup>138</sup> Jiménez, Pinyol y Arestizábal Urrutia (2009). “Cuando el retorno no es voluntario: la Directiva sobre Retorno de la Unión Europea”. En *Tiempo de paz, Retorno Voluntario de los migrantes*, Madrid, N° 93, p. 12.

<sup>139</sup> Adoptado por el Consejo de Europa en 1950 y puesto en vigor en el año de 1953. Su última revisión corresponde al mes de junio de 2010.

circunstancias de cada caso sino también del derecho que esté involucrado. En definitiva, el alcance de los derechos de las personas migrantes, particularmente de aquellas en situación irregular, varía considerablemente<sup>140</sup>.

Respecto al *derecho al debido proceso*, en la mayoría de los procesos ligados a cuestiones migratorias, particularmente aquellos que deciden acerca de la residencia o la *expulsión* de una persona, la Corte Europea ha recurrido a aspectos abstractos (como el derecho soberano de los Estados a fijar su propia política migratoria) para negar la existencia de derechos civiles en juego, a pesar de lo dispuesto en el artículo 6.1 del CEDH<sup>141</sup>, aun cuando resultaba evidente que un procedimiento debido podía ser determinante para el reconocimiento o privación de dichos derechos<sup>142</sup>.

Desde la óptica de un principio fundamental del Derecho Internacional, como es el de la No Discriminación, la posición del Tribunal Europeo conlleva a un régimen y un estándar de debido proceso en perjuicio específico de esas personas (para la defensa de sus derechos humanos), pese a que el artículo 6 del CEDH no distingue entre nacionales y extranjeros<sup>143</sup>. En síntesis, la Corte Europea fundamenta la *no aplicación* del artículo 6.1

---

<sup>140</sup> Pablo Ceriani Cernadas, “Los derechos de los migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región”, en Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava, edit., *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Lanús, 2009, pp. 178 y 179.

<sup>141</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, artículo 6.1: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil y sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal [...]”.

<sup>142</sup> Pablo Ceriani Cernadas, “Los derechos de los migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región”, en Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava, edit., *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Lanús, 2009, pp. 185 y 186.

<sup>143</sup> Pablo Ceriani Cernadas, “Los derechos de los migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región”, en Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava, edit., *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Lanús, 2009, p. 186.

del CEDH a los procedimientos más significativos de las políticas migratorias: ingreso, residencia y egreso.

La Corte Europea ha señalado que el CEDH debe ser interpretado de acuerdo a cada caso concreto, a la luz de la presente realidad<sup>144</sup>; sin embargo se considera que ese no parece ser el camino indicado cuando vivimos en una era donde los flujos migratorios hacia Europa se intensifican cada vez más, creando una sociedad multicultural integrada por millones de personas de diversas nacionalidades y culturas.

En definitiva, el estándar fijado por el TEDH en materia migratoria pone en evidencia una situación sumamente precaria y débil en cuanto a la protección de las garantías fundamentales de las personas extranjeras en los casos vinculados a su ingreso, residencia o salida del Estado en que residen.

Este criterio del Tribunal Europeo para las personas migrantes en situación migratoria irregular, no deja posibilidad alguna para obtener la protección de la Corte Europea con el fin de asegurar ciertas garantías mínimas en estos procedimientos. El criterio de la Corte está habilitando un accionar decididamente discrecional por parte de los Estados frente a esas circunstancias, lo que conlleva que los derechos de miles de personas migrantes queden a merced de procedimientos sin ninguna clase de garantía (ni administrativa ni judicial).

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforma un estándar significativamente inferior al existente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En éste, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han expresado de

---

<sup>144</sup> Pablo Ceriani Cernadas, “Los derechos de los migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región”, en Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava, edit., *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Lanús, 2009, p. 187.

manera continua, precisa y reiterada, que las garantías del debido proceso son plenamente aplicables a los procedimientos ligados a las políticas migratorias (expulsión, ingreso, etc.)<sup>145</sup>. La Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva 18, no sólo ha reafirmado esta postura, sino que ha precisado que esas garantías deben también asegurarse a las personas que no cuentan con una residencia legal<sup>146</sup>.

Javier de Lucas señala que es hora de tomar en serio la inmigración como cuestión política clave y ya no como un asunto periférico que se trata de gestionar mediante políticas sectoriales de inmigración<sup>147</sup>. También afirma que se debe regular las migraciones desde las exigencias de justicia en un mundo globalizado y que la tarea prioritaria es revisar los criterios normativos a través de los cuales toma cuerpo la institucionalización de lo político.<sup>148</sup>

De Lucas no da una solución concreta a cómo gestionar los flujos migratorios a nivel internacional, pero señala ciertos parámetros a seguir y cuestiones a tener en cuenta. Las políticas de inmigración, para este autor, comprenden dos ámbitos. En primer lugar, considera que hay que atender a las cuestiones que plantean los flujos migratorios en relación con los criterios de legitimidad de las relaciones internacionales, es decir con las transformaciones derivadas de lo que significan los flujos en el contexto del proceso de globalización. En segundo lugar, es necesario revisar el significado de un concepto básico,

---

<sup>145</sup> Pablo Ceriani Cernadas, “Los derechos de los migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región”, en Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava, edit., *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Lanús, 2009, p. 190.

<sup>146</sup> Opinión Consultiva OC 18/03, *Condición Jurídica y derechos de migrantes indocumentados*, San José de Costa Rica, 17 de septiembre de 2003, párr. 121, 124-126.

<sup>147</sup> Javier de Lucas, “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en Laura Miraut Martín, edit..., *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 15.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, p. 25.

el derecho a la libre circulación, que supera y engloba la disociación entre el derecho a emigrar y el derecho a inmigrar<sup>149</sup>.

Lo ideal sería que una Directiva de esta naturaleza, haga posible un retorno verdaderamente voluntario, en el que se respete la libertad de circulación de las personas y que contribuya a manejar la migración respetando los Derechos Humanos de la población que migra, quienes son particularmente vulnerables por encontrarse expuestos a una nueva sociedad, que la mayoría de veces los señala y tacha en forma negativa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH – hizo un llamado a la Comunidad Europea a reformar la ley migratoria conocida como "Directiva de Retorno", porque tal como está aprobada presenta ausencia de garantías suficientes que aseguren el respeto a los derechos de los migrantes. En su resolución, la CIDH, expresa que:

“Las normas internacionales establecen que la detención debe aplicarse sólo de manera excepcional y que, en ese caso, debe ser lo más breve posible. Además, los migrantes no deben ser reclusos en instalaciones carcelarias. Mantener a personas en un centro de tipo penal por haber infringido las disposiciones sobre migración es incompatible con las garantías básicas de los Derechos Humanos”.<sup>150</sup>

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

El Derecho Internacional prevé que los países tienen tanto el derecho como la obligación de establecer mecanismos para controlar el ingreso y la salida de extranjeros de su territorio. Al mismo tiempo, establece que las acciones en este sentido deben realizarse

---

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 26-29.

<sup>150</sup> CIDH, “Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y Directiva Europea de Retorno”, Resolución 03/08.

con el debido respeto hacia los derechos de las personas afectadas, y que la observancia de principios fundamentales, como la no discriminación y el derecho a la integridad personal, no pueden subordinarse a la implementación de las políticas públicas<sup>151</sup>.

Antaño, expulsar a un extranjero no era más que devolverlo a su propia identidad nacional, a su patria, por ello se resolvía en un mero nivel administrativo sin mayores exigencias. Hoy la situación ha cambiado radicalmente: expulsar a un extranjero puede ser condenarlo incluso a su muerte, es enviarlo en definitiva, a un país que puede no conocer, y donde no tenga lazos sociales ni familiares algunos.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> Resolución 03/08, “*Derechos Humanos de los Migrantes, Estándares Internacionales y Directiva Europea sobre Retorno*”, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 12.

<sup>152</sup> Fernando Oliván, “Derecho y Migraciones. Elementos para una aproximación metodológica (con un análisis de la elaboración de la mal llamada nueva ley de extranjería y de otras reformas)”, en Francisco Checa, ed., *Las Migraciones a Debate: De las teorías a las prácticas sociales*, Barcelona, Icaria, 2002, p. 109.

### **CAPÍTULO 3**

#### **POLÍTICA MIGRATORIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

“Mi propio sueño político es el de un mundo en el que las fronteras entren en un irreversible proceso de declinación, que a todos los pasaportes se los coman las polillas y los aduaneros vayan a acompañar a los faraones y los alquimistas entre las antigüedades que ocupan los arqueólogos e historiadores”

Mario Vargas Llosa - El Lenguaje de la Pasión

En este capítulo se analiza la magnitud de los flujos migratorios desde Ecuador hacia España en la última década, tomando como referencia central los registros migratorios de entrada y salida de personas ecuatorianas, y complementando con otras referencias estadísticas. A partir de ello se observa la evolución que han tenido estos flujos y sobre todo el nivel de retorno que se registra en los últimos años, en el marco de la implementación de políticas nacionales y regionales de retorno.

En un segundo acápite, se realiza una breve recopilación de la normativa ecuatoriana que regula el tema migratorio, especialmente lo relacionado con el retorno,

indagando sobre si ésta se encuentra acorde a los parámetros de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Se finaliza con un estudio de la política migratoria de retorno ecuatoriana implementada por el gobierno actual, con la cual se pretende incentivar el retorno de los migrantes ecuatorianos; determinando el grado o no de vulneración, que la misma presenta, para la vigencia efectiva de los Derechos Humanos.

### **Magnitud de flujos de retorno**

A diferencia de otros Estados latinoamericanos, Ecuador no se ha caracterizado por ser históricamente un país generador de emigrantes. Sin embargo, desde la década de los 60, presentó un flujo regular de emigración, especialmente hacia EEUU. Este proceso adquirió un ritmo vertiginoso desde 1999, en el marco de la crisis financiera y la quiebra del sistema bancario que “activaron y transformaron una ya complicada situación de pobreza y exclusión, en un factor detonante de una masiva expulsión de trabajadores ecuatorianos hacia los mercados laborales del primer mundo”<sup>153</sup>.

La novedad del proceso migratorio ecuatoriano en la década de los 90, además de los cambios en su intensidad y volumen, reside en dos aspectos. Por un lado, la diversificación de los destinos, pasando de EEUU a varios países de Europa, especialmente España e Italia (con una concentración, en el caso de España, en las ciudades de Madrid, Barcelona y Murcia) y, por otra parte, estos emigrantes se insertaron dentro de una economía que demandaba mano de obra barata y semi-calificada<sup>154</sup>.

Una investigación realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Ecuador (INEC), al respecto señala: “Las cuatro fuentes de información analizadas,

---

<sup>153</sup>Giuseppe Solfrini, ed., *Tendencias y Efectos de la Emigración en el Ecuador. Características de la nueva ola migratoria*, Quito, Volumen 1, ALISEI, 2005, p.37.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, p. 37.

registran que el principal país de destino de los emigrantes es España, con datos que sobrepasan el 47%, seguido por Estados Unidos como la segunda opción de destino de quienes han emigrado del Ecuador, y siendo Italia el tercer país preferido por los ecuatorianos que han tomado la decisión de salir”<sup>155</sup>.

Aunque es difícil establecer las dimensiones de retorno debido a la falta de estadísticas, la evolución de los movimientos de salida en los países de destino puede dar algunas pistas. De acuerdo al Anuario Estadístico de Entradas y Salidas Internacionales, del INEC, entre 1998 y 2010, se registraron 7.283.241 entradas, 8.314.159 salidas, lo que generó un saldo migratorio negativo acumulado de 1.030.918 registros de personas ecuatorianas, de los cuales 399.954, es decir el 38,79%, corresponden a España.<sup>156</sup>

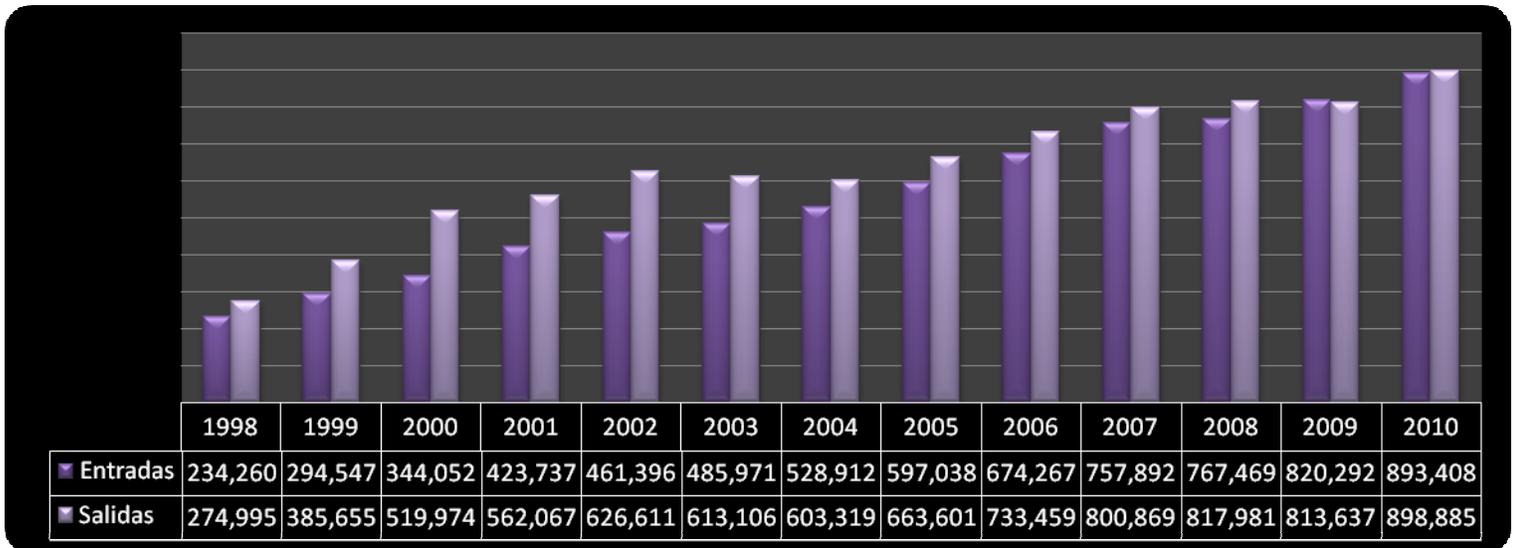
De acuerdo a esta misma fuente, los mayores saldos migratorios hacia España se generaron entre 2000 y 2003, con un total acumulado de 363.022. El saldo descendió entre 2004 y 2005, hecho que se explica tanto por la decisión de España de exigir a los ecuatorianos visa de ingreso, como por el proceso de regularización que impulsó España en 2005, que determinó como requisito para su procedencia, un retorno temporal al país de origen.

---

<sup>155</sup> INEC, *Caracterización sociodemográfica y económica de las y los emigrantes*, Quito, 2008, tomado de Coalición por las Migraciones y el Refugio, *II Informe Alternativo a la Convención de Trabajadores Migratorios y sus Familias*, documento versión digital, segundo-informe-alternativo-ctmf.pdf, p. 63

<sup>156</sup> Cabe tener en cuenta que los datos de saldos migratorios no determinan el número exacto de personas ecuatorianas que salieron y no regresaron al país, sino que son meramente referenciales y revelan tendencias, pues se basan en el registro formal de entradas y salidas, por tanto sujetas a doble registro o subregistro, y no dan cuenta de las personas que viajan de manera irregular.

**Gráfico 2**  
**Registro de entradas, salidas y saldos de ecuatorianos hacia España**  
**1998-2010**



Fuente: INEC, Anuarios de entradas y salidas 1998-2010

Elaborado por: María de los Ángeles Herrera y Gina Benavides, 2011.

Entre los años 2006 a 2008, los saldos registran un leve incremento, pero sin llegar a alcanzar los niveles de los años iniciales. En 2009, este saldo por primera vez en el período registra una caída abrupta, la cual ligeramente se reduce en el 2010. Estos hechos evidencian una tendencia de retorno al país, la cual sin embargo, es leve pues no llega a cubrir el saldo acumulado de personas ecuatorianas que salieron y no regresaron dentro del período.

Este proceso de retorno era previsible por los efectos que generó la crisis económica europea y norteamericana de 2009, que se tradujeron en la falta de empleo, la consiguiente irregularidad, el endeudamiento por la conversión de las deudas inmobiliarias y la desaceleración del consumo. A ello se suma, la implementación de políticas de restricción y criminalización, fundamentadas en la Directiva de Retorno, adoptada en 2008.

En este sentido, se conoce que muchos inmigrantes ecuatorianos compraron pisos y se vieron ahogados por las hipotecas; esperaban a que pase la crisis inmobiliaria y vuelvan a subir los precios de las viviendas para vender sus pisos y así recuperar el dinero invertido. Un buen número de ecuatorianos descartó la posibilidad de retornar a su país de origen, con la asistencia del Programa de Retorno Voluntario Español, puesto que tenían todos sus ahorros y capital invertidos en los pisos que aún no terminaban de pagar. Así también, el Programa de Retorno del gobierno español no convencía a los inmigrantes porque era más el dinero que tenían invertido en la compra de sus pisos que la suma que el Estado les devolvía, añadiéndole a esto la prohibición de regresar a suelo español durante tres años, una vez que se lo deje.

Años después de la explosión de la crisis, “se sabe que la opción general que han tomado los migrantes en todos los países receptores ha sido la de quedarse. No se están produciendo flujos masivos de retorno”<sup>157</sup>. Si bien las situaciones de crisis generan expectativas de retorno en las poblaciones inmigradas, el que se materialicen depende de la percepción que los migrantes tienen sobre la situación en su país, si sienten que ha mejorado con respecto al momento en que decidieron emprender su proyecto migratorio o no<sup>158</sup>.

A pesar de la situación adversa que actualmente enfrentan muchos migrantes en los países de destino, éstos parecen no tener como primera opción el retorno puesto que los incentivos para permanecer son mayores que los incentivos para regresar. Cabe destacar

---

<sup>157</sup> Miguel Pajares, “Inmigración y mercado laboral. Informe 2010”. España, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Observatorio Permanente de la Inmigración, en: [http://extranjeros.mtin.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/archivos/Inmigracion\\_\\_Mercado\\_de\\_Tra\\_bajo\\_OPI25.pdf](http://extranjeros.mtin.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/archivos/Inmigracion__Mercado_de_Tra_bajo_OPI25.pdf), p. 115.

<sup>158</sup> María Isabel Moncayo, “Políticas de Retorno en América Latina: Miradas cruzadas”, en Andinamigrante, Boletín del Sistema de Información sobre Migraciones Andinas –FLACSO, Sede Ecuador, N° 10, junio 2011, p. 8.

que los migrantes ecuatorianos tienen como última opción el retorno a territorio ecuatoriano; incluso deciden migrar dentro de España o de la Unión Europea mas no regresar a su país de origen.

Según el avance del Padrón Municipal publicado por el Instituto Nacional de Estadística Español –INE, a 1 de enero de 2011, el número de ecuatorianos empadronados en España se sitúa en 359.076 individuos, esto supone un descenso de 40.510 (-10,1 %) personas con respecto a los 399.586 compatriotas residentes en este país, a 1 de enero de 2010<sup>159</sup>, lo que determina un posible retorno de migrantes ecuatorianos pero en poca escala.

En este mismo sentido, un estudio regional de migración, establece que en los dos últimos años se registra una evidente disminución de los flujos migratorios hacia España: Desde enero de 2009 a enero de 2010 los inmigrantes ecuatorianos en España disminuyeron de 421.425 personas a 395.069, registrándose una salida de 26.357 ciudadanos/as.<sup>160</sup>

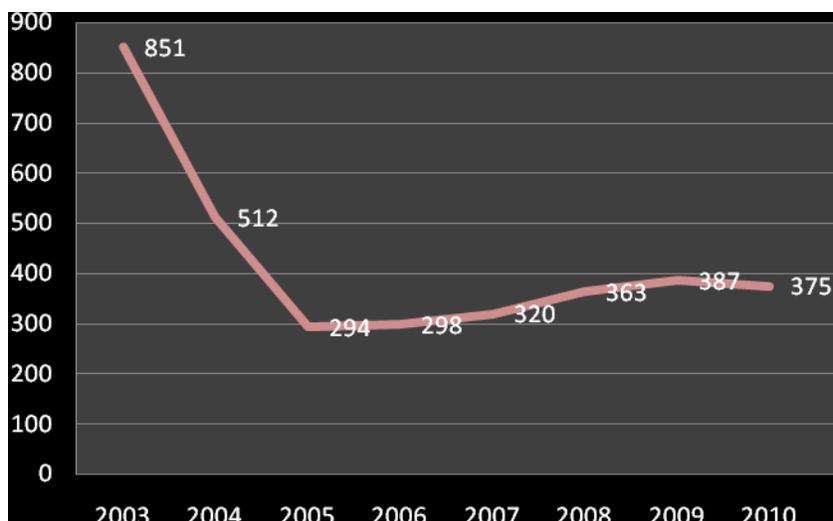
Por otra parte, en relación al retorno forzado, aunque no se cuenta con datos para todo el período, de acuerdo a la Dirección Nacional de Migración de Ecuador, las *deportaciones* de personas ecuatorianas desde España han presentado sus mayores picos entre los años 2003 y 2004; tuvieron una baja drástica entre el año 2005 y 2006; y, a partir del 2007, se han mantenido con un promedio de 350 expulsiones por año. Ello se inscribe en el proceso de establecimiento de medidas de restricción, señaladas en el capítulo 2, de esta tesis. Hasta el mes de mayo de 2011, han sido 189 los ecuatorianos deportados desde España, lo que determina que la tendencia del retorno forzado continúa.

---

<sup>159</sup> INE (Instituto Nacional de Estadística) –España, en: <http://www.ine.es/>

<sup>160</sup> Informe Global *Mujeres Migrantes Andinas, Contexto, Políticas y Gestión Migratoria*, Santiago de Chile, agosto de 2010, p. 38.

**Gráfico 3**  
**Ecuatorianos deportados desde España**  
**2003-2010**



Fuente: Dirección Nacional de Migración  
Elaborado por: María de los Ángeles Herrera Villalva, 2011.

Sobre este tema, el mismo estudio regional citado estima que para agosto de 2010 vivían en España alrededor de 400.000 ecuatorianos con residencia y casi medio millón en situación irregular<sup>161</sup>, es decir personas que potencialmente podrían ser objeto de *retorno forzado*.

Entre el 2007 y el 2010 se registró un alto número de ecuatorianos deportados desde España, y en los primeros cinco meses del año 2011 la cifra es igualmente alta.

En definitiva, el retorno de personas ecuatorianas se ha mantenido con una magnitud baja lo que pone en evidencia los siguientes aspectos: 1. La poca eficacia de las políticas de retorno impulsadas por España y Ecuador y su no correspondencia con las necesidades y aspiraciones de los migrantes; 2. Los efectos adversos que ellas generan para la población migrante que desea permanecer aún en condiciones de irregularidad, creando

---

<sup>161</sup> *Ibíd.*, p. 42.

condiciones de vulnerabilidad a la violación de los Derechos Humanos; y, 3. La decisión de los ecuatorianos de no retornar, pese a las condiciones adversas en las que se ven obligados a vivir.

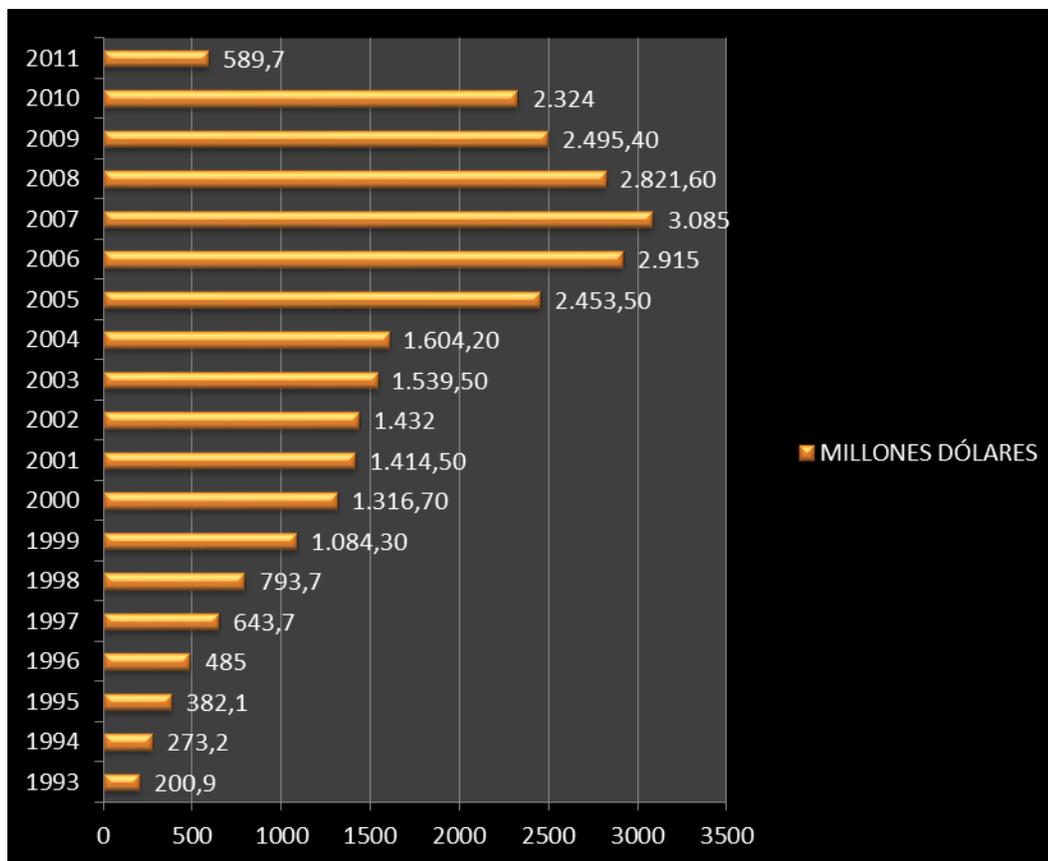
Las consecuencias de la crisis también se ven reflejadas en las variaciones en el flujo de remesas al país y evidencian la situación de nuestros compatriotas migrantes. De acuerdo a la información estadística del Banco Central del Ecuador, el 2007 fue el año en que más han ingresado remesas a nuestro país y, en los tres años siguientes (2008, 2009 y 2010) éstas fueron disminuyendo en forma progresiva.

Sin embargo, según el Banco Central del Ecuador (BCE), las remesas enviadas por los migrantes en el primer trimestre de 2011, crecieron en 5,9% en comparación con el primer trimestre de 2010. Durante el primer trimestre de 2011, el flujo de remesas familiares que ingresó al país ascendió a \$589,7 millones, 2,9% inferior al presentado en el cuarto trimestre de 2010, cuando estas fueron de \$605,5 millones, y mayor en 5,9% comparado con el primer trimestre de 2010, cuando la cifra alcanzó los \$556,6 millones. Según el BCE, bajo el escenario internacional, la modesta recuperación de las remesas en el primer trimestre de 2011 se atribuye al relativo crecimiento económico de España y EE.UU<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> “Ecuador: Remesas se recuperan pero incertidumbre continúa”, en Diario Hoy, Quito, 31 de mayo de 2011, <http://www.migrantesecuador.org/content/view/7510/256/>

**Gráfico 4**  
**Evolución flujo de remesas a Ecuador**  
**1993-2011**



Fuente: Banco Central del Ecuador –BCE

Realización: Abg. María de los Ángeles Herrera Villalva

### **Marco jurídico ecuatoriano sobre Migración y Retorno**

La normativa sobre el tema de movilidad humana es múltiple, dispersa y todavía pendiente de un proceso integral de adecuación al nuevo marco constitucional e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

La Constitución de la República,<sup>163</sup> contempla la igualdad de derechos y deberes entre los ciudadanos ecuatorianos y las personas extranjeras (Art. 9) y prohíbe la

<sup>163</sup> Aprobada el 28 de septiembre de 2008 y publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008

discriminación por lugar de nacimiento y condición migratoria (Art. 11). Además reconoce el derecho a migrar y se establece que no se identificará ni se considerará como ilegal a un ser humano por su condición migratoria (Art. 40).

Sobre la protección específica de la población emigrante señala que el Estado ecuatoriano se compromete a desarrollar, a través de las entidades correspondientes, acciones para el ejercicio de los derechos de los ecuatorianos en el exterior, cualquiera sea su condición migratoria. Estas acciones son: Ofrecer asistencia a ellas y a sus familias, ya sea que éstas residan en el exterior o en el país; brindar atención, servicios de asesoría y protección integral para que puedan ejercer libremente sus derechos; precautelar sus derechos cuando, por cualquier razón, hayan sido privadas de su libertad en el exterior; promover sus vínculos con el Ecuador, facilitar la reunificación familiar y estimular el *retorno voluntario*; mantener la confidencialidad de los datos de carácter personal que se encuentren en los archivos de las instituciones del Ecuador en el exterior; y, proteger las familias transnacionales y los derechos de sus miembros (Art. 40).

La Constitución reconoce el derecho al tránsito libre por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, determinando que el ejercicio de este derecho se regulará de acuerdo con la ley (Art. 66). Respecto al *retorno*, el texto constitucional prevé que las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares, peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas (Art. 66 inc. 2do). Queda terminantemente prohibida la expulsión colectiva de extranjeros y se establece que los procesos migratorios deben ser singularizados (Art. 66 inc. 3ro).

En materia de política pública migratoria, la Constitución señala en su artículo 392, que el Estado velará por los derechos de las personas en movilidad humana y ejercerá la rectoría de la Política Migratoria a través del órgano competente en coordinación con los distintos niveles del gobierno. También señala que el Estado diseñará, adoptará, ejecutará y evaluará políticas, planes, programas y proyectos, y coordinará la acción de sus organismos con la de otros Estados y organizaciones de la sociedad civil que trabajen en el tema de movilidad humana tanto a nivel nacional como internacional.

Como principios rectores de la política internacional, se establecen: la ciudadanía universal y en particular la ciudadanía latinoamericana y caribeña, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur (Art. 416 num.6 y 423 num.5). También se ubican como ejes de política el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes y el consiguiente compromiso de los estados de propiciar su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (Art. 416 num.7).

Cabe destacar que la Constitución establece acciones específicas que debe ejecutar el Estado a favor de los ecuatorianos en el exterior y que están orientadas a brindar condiciones de mantener lazos con el país y promover el retorno, como son: la participación política a través del reconocimiento del voto facultativo; la protección y especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa; el respeto a los derechos laborales de los trabajadores ecuatorianos en el exterior; la promoción de convenios y acuerdos con otros países en el tema de la regularización; incentivos al retorno del ahorro a fin de que se orienten a la inversión productiva; el incentivo para el retorno de bienes; el

financiamiento de las prestaciones de la seguridad social con los aportes voluntarios de los ecuatorianos en el exterior y la promoción de la afiliación voluntaria a la seguridad social.

Esta Constitución es, sin duda, la más avanzada y progresista que hemos tenido en la historia del país, en términos de reconocimiento de derechos y determinación de principios sobre movilidad humana. Plantea desafíos fundamentales para su comprensión desde una perspectiva integral, y fija la obligación del estado de concretar un proceso de adecuamiento normativo, de políticas públicas y funcionamiento institucional que garantice la plena vigencia de los derechos de las personas en movilidad.

Un elemento importante es que ubica a las personas emigrantes como actores políticos, económicos y culturales de primera magnitud, cuya contribución resulta no sólo de los derechos que les son inherentes, sino de la insoslayable necesidad de construir un modelo de desarrollo que incorpore las necesidades específicas, la voz y las capacidades de los ausentes y de los visitantes<sup>164</sup>.

Es, a partir de estos avances constitucionales en el ámbito de la movilidad humana, que debe estructurarse una política migratoria y de retorno integral, como parte de una estrategia de desarrollo a largo plazo, en la que participen no sólo las comunidades de emigrantes y sus familiares, en países de origen y de destino, sino también el resto de la sociedad.

Esta política migratoria y de retorno integral, que no puede ser la sumatoria de medidas aisladas, debe apuntar al establecimiento de un nuevo modelo de desarrollo, desde la heterogeneidad económica, tecnológica, social y cultural del Ecuador, generando equidad y participación en la toma de decisiones que nos afectan a todos los habitantes del

---

<sup>164</sup> Juan Peris-Mancheta Barrio, “La Nueva Política Migratoria Integral del Ecuador en la Encrucijada”, en *Los Derechos en la Movilidad Humana: del control a la protección*, Nicole Pérez Rúaless y Alex Valle Franco, ed., Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 198-199.

país. Los emigrantes no deben ser vistos únicamente como fuente de remesas; se debe reconocer su carácter de seres humanos, garantizándoles su derecho a retornar libre y voluntariamente cuando éstos lo decidan.

Por otra parte, la Constitución establece que los convenios e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y tienen el mismo nivel de jerarquía que ella, prevaleciendo sobre cualquier norma jurídica o acto del poder público (Art. 424). El Ecuador ha ratificado la mayoría de los convenios multilaterales de protección de derechos humanos a nivel universal y regional<sup>165</sup>; y también aquellos específicos de protección de trabajadores migrantes y sus familias<sup>166</sup>, asilados y refugiados<sup>167</sup>, víctimas del tráfico ilícito de migrantes, trata de personas y tráfico internacional de menores.<sup>168</sup>

También ha ratificado los principales acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>169</sup>, y forman parte de su ordenamiento jurídico las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), tales como la Carta Andina de Derechos

---

<sup>165</sup>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención de Derechos del Niño, Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial; Convención sobre la eliminación de la discriminación a la mujer, Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes; Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

<sup>166</sup>Convención Internacional para la Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familias.

<sup>167</sup>Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su protocolo facultativo, Convención sobre la apatridía

<sup>168</sup> Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Convenio para la Represión de la Trata de Personas y Explotación de la Prostitución; Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; Convenio de La Haya sobre aspectos civiles del plago internacional de Menores; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

<sup>169</sup> OIT, Convenios: 097 sobre Trabajadores Migratorios, 105 sobre Abolición del Trabajo Forzado; 110 Relativo a las condiciones de empleo de trabajadores en las plantaciones; 117 Sobre Normas y Objetivos Básicos de la Políticas Social; 118 Sobre Igualdad de Trato en Materia de Seguridad Social; 169 Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales; y 182 Prohibición de las Peores Formas de Maltrato Infantil.

Humanos, el Instrumento Andino de Migración Laboral<sup>170</sup> y el Mecanismo Andino de Protección Consular y Migraciones<sup>171</sup>.

La normativa secundaria relacionada con el tema de movilidad humana, tienen como ejes fundamentales a la Ley de Migración<sup>172</sup> y Ley de Extranjería<sup>173</sup> con sus respectivos reglamentos. Sin embargo, esta legislación no se encuentra armonizada con los principios y derechos establecidos en la Constitución del 2008, ni con los estándares internacionales en esta materia. Estas leyes fueron elaboradas en la década de los 70, en el contexto de una dictadura militar, bajo una óptica securitista y restrictiva, y están vigentes hasta la actualidad a pesar del nuevo marco constitucional.

Además existen normativas complementarias que están dispersas en más de 16 cuerpos jurídicos<sup>174</sup> que han sido generados en diferentes momentos y bajo distintos enfoques jurídicos y políticos; y que igualmente no han entrado hasta el momento en un proceso de adecuamiento normativo.

La deficiente y anticuada legislación sobre movilidad humana es el resultado no sólo de la falta de interés político de los diversos gobiernos, sino del desinterés por parte de funcionarios técnicos que no han impulsado estudios e investigaciones necesarias para la elaboración de políticas públicas eficaces que respondan a las necesidades de la movilidad en el contexto del mundo moderno y la globalización<sup>175</sup>.

En relación al tema objeto de estudio, se ha comprobado que hasta el momento los principios y obligaciones del Estado sobre el derecho al retorno de los ecuatorianos

---

<sup>170</sup> Comunidad Andina de Naciones, Decisión 545.

<sup>171</sup> Comunidad Andina de Naciones, Decisión 538.

<sup>172</sup> Publicada en el Registro Oficial 382, 30 de diciembre de 1971.

<sup>173</sup> Publicada en el Registro Oficial 454, 04 de noviembre de 2004.

<sup>174</sup> Entre los principales tenemos: Ley de Naturalización, la Ley de Documentos de Viaje, Código Penal, Ley de Registro Civil, Código del Trabajo, Código Orgánico de la Función Judicial.

<sup>175</sup> Alex Valle Franco, *El derecho a tener... Op. Cit.* pp. 14-16.

establecidos en el marco constitucional (Art. 40.4), no han tenido un desarrollo en la normativa secundaria. La únicas disposiciones legales que se encuentra son: la facultad que se otorga en la Ley de Migración, al Consejo Consultivo de Política Migratoria, de promover procesos de repatriación de ecuatorianos (Art. 6, lit. e);<sup>176</sup> y las disposiciones que <sup>177</sup>sobre el ingreso de ecuatorianos establece el Reglamento a la Ley de Migración, en el que se faculta el ingreso siempre que porten documentos ecuatorianos, los somete al mismo tratamiento que a un extranjero en caso de que se haya naturalizado, pese a que la Constitución establece que la naturalización no determina la pérdida de la nacionalidad ecuatoriana; y los somete a procesos de control en caso de problemas de salud que comprometan el orden público (Art. 4). Cabe indicar que el Consejo de Política Migratoria, en toda su existencia no ha emitido ninguna resolución sobre el tema de retorno. Y es claro que las regulaciones sobre ingreso de ecuatorianos, contemplan disposiciones incompatibles con el marco constitucional además de restringir el retorno.

Un elemento importante a tomar en cuenta es que la normativa secundaria sobre movilidad humana que se aplica, no fue diseñada ni pensada para la realidad que vive actualmente el Ecuador. En ella, no se contempla la posibilidad de flujos masivos de emigración, como tampoco se avizoran procesos de retorno, ya sea esporádico, definitivo y bajo dinámicas incluso de residencia temporal, prolongada y naturalización.

En adición, la normativa sobre deportaciones o expulsiones a inmigrantes, en base a la cual se concretan estos mecanismos de retorno forzado, se mantiene bajo los

---

<sup>176</sup> Art. 7. El Consejo Consultivo de Política Migratoria, tendrá lo siguientes deberes y atribuciones: e) estimular la repatriación de los ecuatorianos facilitando su reasentamiento en lugares y actividades adecuadas a su especialización.

<sup>177</sup> Conformado por un representante de la Dirección General de Asuntos de Migración y Extranjería del Ministerio de Relaciones Exteriores, el presidente del Consejo Consultivo, y un representante de la Dirección Nacional de Migración.

lineamientos de la Ley de Migración (Art. 19 al 36), con un enfoque claramente penal, criminalizador y violatorio de los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos.

Por todos estos vacíos, errores, falencias, y demás inconsistencias de la legislación nacional en materia de movilidad humana, es imperioso concretar un proceso de reforma normativa integral que permita, sistematizarla y armonizarla de conformidad con lo dispuesto en la legislación internacional vigente en las materias de emigración, inmigración, refugio, desplazamiento y migración interna.

Esta reforma, en materia de retorno, asumiendo lo planteado por Gina Benavides, debería:

Apuntar al reconocimiento específico del retorno como derecho humano, consustancial al derecho a migrar, y cuyo ejercicio debe enmarcarse en el respeto a la libertad de las personas, el reconocimiento de su autonomía, su capacidad de decisión, voluntariedad y dignidad. Debe contemplar la dinámica diversa que el derecho al retorno ha ido teniendo en el país, lo cual determina contemplar las diferentes modalidades que puede adquirir y garantizar que en todo momento se respeten el reconocimiento de los derechos de las personas ecuatorianas emigrantes. Además comporta un análisis profundo sobre el alcance que, bajo un marco garantista, deben tener los procesos de deportación o expulsión, los cuales deben tener un carácter estrictamente excepcional, administrativo y no punitivo. La base del tratamiento legal del derecho al retorno debe estar en la aplicación efectiva de un principio de coherencia que se concreta en su reconocimiento jurídico tanto para los emigrantes como para los inmigrantes, y las obligaciones correlativas

que ello genera para el Estado, en la formulación de políticas públicas nacionales e internacionales de posicionamiento para concretarlo.<sup>178</sup>

### **Política Migratoria de Retorno Ecuatoriana**

La alta cifra de ecuatorianos en el exterior, sumada a las dificultades que debían enfrentar en los lugares de destino; a las políticas restrictivas que en materia migratoria han ido adoptando los estados receptores; a la incidencia de la migración en los límites de la unidad familiar; y, a la incidencia que las remesas han tenido sobre la economía en destino, demandó la definición de políticas migratorias encaminadas a la atención de los migrantes ecuatorianos en el exterior, sus familias en el Ecuador y, a ordenar los flujos migratorios.

Respondiendo a esta necesidad y ante los límites del marco normativo para enfrentar la magnitud del fenómeno migratorio, en el año 2001, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió el “Plan Nacional de Ecuatorianos en el Exterior”, el cual dejó establecido el fiel cumplimiento de los tratados internacionales, la voluntad de cooperar con otros estados y compartir información, y la protección de los derechos individuales de los migrantes, entre otros aspectos. También evidenció la necesidad de establecer convenios con los principales países receptores, favorecer la organización de los colectivos de ecuatorianos en el exterior, y fomentar políticas para la utilización de las remesas enviadas al país.

En el 2003, se creó la “Subsecretaría de Asuntos Consulares y Migración”, como un mecanismo para colocar bajo una misma estructura administrativa, ámbitos de acción dispersos como la gestión consular y migratoria, documentos de viaje y temas relativos a ecuatorianos residentes en el exterior.

---

<sup>178</sup> Entrevista a Gina Benavides, Quito, 1ro de Abril de 2011.

En el ámbito regional, en el marco de los encuentros entre América Latina, el Caribe y la Unión Europea, la diplomacia ecuatoriana promovió diálogos sobre migración que se reflejaron en el Compromiso de Madrid, 2002 y en la Cumbre de Guadalajara, en el 2004. En la Reunión Ministerial CAN – Unión Europea, 2003, el tema migratorio se incluyó en el comunicado final y, en el Acuerdo de Diálogo Político, suscrito en Roma entre la Unión Europea y la Comunidad Andina, 2003, se incorporó el Artículo 49 que establece un proceso de consulta en migración<sup>179</sup>.

La negociación de acuerdos para la ordenación de flujos migratorios con los países de destino de la migración ecuatoriana, como España, se convirtió en tema de la agenda de la política exterior bilateral<sup>180</sup>. Sobre este marco, se suscribió el Acuerdo entre la República del Ecuador y el Reino de España relativo a la Regulación y Ordenación de los Flujos Laborales<sup>181</sup>. Entre los principales objetivos de este acuerdo figuran: establecer normas para la legalización de los ecuatorianos que, habiendo ingresado a territorio español antes del 23 de enero de 2001, permanecían en España en condición migratoria irregular; regular de forma ordenada, planificada y sistematizada de los flujos migratorios desde Ecuador a España; conseguir que los trabajadores ecuatorianos gocen de modo efectivo de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales en materia laboral y social; y que dispongan de los derechos y garantías laborales reconocidos a los trabajadores españoles en igualdad de condiciones, con total independencia de las ramas productivas o de actividad laboral; y, concretar en la práctica la necesidad de respetar los derechos, obligaciones y garantías jurídicas y sociales presentes en las respectivas

---

<sup>179</sup> Patricia Borja, “El Plan de Apoyo a los Inmigrantes y sus Familias, La Migración en la Agenda de Política Exterior del Ecuador”, en *Migrantes: Problemas y Ayudas*, Javier Ponce Leiva, ed., Quito, Editorial El Conejo, 2005, 72-73.

<sup>180</sup> *Ibíd.*, p. 71.

<sup>181</sup> Firmado en Madrid el 29 de mayo de 2001

legislaciones nacionales y en los convenios internacionales. También se acordó establecer programas para promover el retorno productivo de los migrantes a través de incentivos tales como préstamos especiales, capacitación, asistencia técnica y asesoramiento en la preparación y presentación de proyectos productivos en el país de origen.<sup>182</sup>

Bajo este marco, se creó la “Unidad de Selección de Trabajadores Migratorios”, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, encargada de canalizar la oferta laboral formal promovida por el gobierno español.

En el 2002, se creó el “Programa de Ayuda, Ahorro e Inversión para los Migrantes Ecuatorianos y sus Familias”, “como un organismo de derecho público, adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, con el propósito de asistir a los migrantes ecuatorianos y sus familias que se encuentran en situación de vulnerabilidad, y promover su reintegración al Ecuador en condiciones económicas, sociales y culturales ventajosas.”<sup>183</sup> Cabe indicar que este programa y el fondo económico que manejaba no pudo ser implementado y fue sustituido en el 2008, por el “Fondo para el Desarrollo Humano del Migrante Ecuatoriano”.<sup>184</sup>

En el año 2006, Ecuador asumió el compromiso de carácter multilateral sobre migración internacional, aprobado en la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno<sup>185</sup>, donde se sostiene que es imperativo garantizar que las políticas migratorias respeten plenamente los derechos humanos de los migrantes, en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad.

---

<sup>182</sup> Informe Global *Mujeres Migrantes Andinas*, *op.cit.*, p. 40-42.

<sup>183</sup> Art. 1, del Decreto Ejecutivo 2378, publicado en el Registro Oficial Suplemento 527, de 5 de marzo de 2002.

<sup>184</sup> Decreto Ejecutivo 994, publicado en el Registro Oficial 316, de 15 de abril de 2008.

<sup>185</sup> Celebrada en la ciudad de Montevideo, los días 4 y 5 de noviembre de 2006.

Un pronunciamiento similar se llevó a cabo en la VI Conferencia Sudamericana sobre Migración. La Declaración de Asunción de mayo de 2006 compromete a los Estados a respetar de manera irrestricta los derechos humanos de los migrantes, especialmente los de la mujer migrante y menores no acompañados, con independencia de su situación migratoria, dentro del marco legal de cada país y conforme a los principios universales, instrumentos internacionales y regionales de protección de las personas.

A partir de 2007, la emigración se convirtió en un tema prioritario de la agenda de gobierno, ello se concretó en la creación de la Secretaría Nacional del Migrante (SENAMI),<sup>186</sup> como una instancia adscrita a la Presidencia de la República, cuyo objetivo fundamental es la definición y ejecución de las políticas migratorias bajo la perspectiva de desarrollo humano.

En el año 2008, tras la expedición de la Directiva de Retorno, Ecuador fue uno de los primeros países en pronunciarse públicamente cuestionando dicha política y demandando internacionalmente el respeto a los derechos de los migrantes.

Además, el tema migratorio se incluyó expresamente en el “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013” y en los planes sectoriales que lo concretan: Plan de Desarrollo Humano de las Migraciones 2007-2010; Plan Nacional de Política Exterior 2006-2020 (PLANEX 2020); Plan Nacional de Desarrollo Social, Productivo y Ambiental 2007-2015; y, la Agenda Gubernamental sobre Migración y Desarrollo.

De estos planes, el principal y que tiene relación con el tema de investigación que nos ocupa es el “Plan Nacional de Desarrollo Humano de las Migraciones”, que ha sido definido como una política de estado y cuyo cumplimiento corresponde a la SENAMI. Su elaboración fue fruto de una acción coordinada entre la Presidencia de la República del

---

<sup>186</sup> Creada mediante Decreto Ejecutivo 150, publicado en el Registro Oficial 39, de 12 de marzo de 2007.

Ecuador, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones de migrantes—de manera parcial. Éste avanza sobre un presupuesto de reivindicación del derecho a migrar y el derecho a la participación e interculturalidad. Busca garantizar también el derecho al retorno de manera voluntaria y digna.

El principal objetivo de este plan es impulsar en el Ecuador y en el mundo una política migratoria basada en el respeto y ejercicio de los derechos humanos, económicos, sociales y culturales de todas las personas y alentar la permanencia de los ecuatorianos en nuestro país construyendo las condiciones que hagan posible el Retorno Voluntario, Digno y Sostenible de las personas emigrantes<sup>187</sup>.

Como parte de este plan, se contempla el programa Bienvenid@s a Casa, que se explica como “un conjunto de programas que apoya y acompaña a las personas ecuatorianas en el exterior” y que apunta a un retorno “concebido en un sentido amplio”: “[...] un retorno que no implica necesariamente el regreso físico, sino de forma más general, la recuperación de las capacidades políticas, culturales, profesionales, económicas” de los ecuatorianos migrantes<sup>188</sup>.

Este plan combina elementos para fortalecer los vínculos con la población emigrada y, al mismo tiempo, para promover y facilitar el retorno de los ecuatorianos al país, a través de tres componentes que se describen a continuación:

---

<sup>187</sup> Página web de la SENAMI- Secretaría Nacional del Migrante, Ecuador: <http://www.senami.gob.ec>

<sup>188</sup> *Ibidem*: <http://www.senami.gob.ec/proyectos/bienvenidos-a-casa.html>

## PROGRAMA BIENVENID@S A CASA

ESTRATEGIA	OBJETIVO	PRINCIPALES ACCIONES
<p><b>Programa Vínculos</b></p>	<p>Generar y fortalecer los vínculos con los ecuatorianos en el exterior.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Formación de redes sociales virtuales (migrante.ecuatoriano.gov y empresariomigrante.com).</li> <li>- Creación de la Plataforma Virtual “Bienvenid@s a Casa”</li> <li>- Proyecto Escuelas Cercanas: Ampliar y mejorar la participación de padres y madres migrantes en la educación de sus hijos/as que se encuentran en el Ecuador, mediante el acceso y uso de tecnologías de información y comunicación (TICs) y el mejoramiento de las potencialidades y capacidad de la comunidad educativa.</li> </ul>
<p><b>Programa de Incentivos y Orientación a Personas Migrantes para la Inversión Social y Productiva</b></p>	<p>Incentivar y orientar las inversiones productivas y sociales que las personas y colectivos migrantes desean realizar en el Ecuador.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Fondo Concursable “El Cucayo”:</b> Capital semilla no rembolsable que se entrega al migrante retornado, a cambio de una contraparte, con el objeto de que emprenda un proyecto productivo. Adicionalmente recibe asistencia técnica para el desarrollo del emprendimiento.</li> <li>- <b>Banca del Migrante:</b> Opera a través de un fideicomiso administrado por la Comisión Financiera Nacional, y ofrece créditos para proyectos productivos y mejoramiento o ampliación de vivienda a través de 32 cooperativas y operadoras privadas.</li> <li>- <b>Créditos a través del Banco Nacional de Fomento:</b> Entrega créditos a los migrantes retornados para proyectos productivos en el sector agrícola y de la pequeña industria.</li> <li>- <b>Plan Hacienda:</b> Proyecto piloto que destina tierras improductivas que pertenecen al Estado a grupos de migrantes</li> </ul>

		retornados para que estos desarrollen proyectos productivos.
<b>Programa “Volver a Casa”</b>	Facilitar el viaje de retorno de los migrantes a través de una red de servicios de información, acompañamiento y atención integral.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Información y asesoría general (asuntos legales, asuntos relacionados con menores y atención de casos de personas desaparecidas o privadas de libertad en el exterior.</li> <li>- Atención a personas que retornan de manera forzada: en casos de vulnerabilidad, financiamiento del traslado al Ecuador y asistencia en origen y destino; en casos de deportados, recibimiento al momento de arribo al país.</li> <li>- Decreto Ejecutivo (15 de abril de 2009) para la exención de impuestos del menaje de casa y equipo de trabajo para aquellas personas que deseen retornar al Ecuador.</li> <li>- Unidad de Repatriación de cadáveres.</li> </ul>

Fuente: SENAMI –Secretaría Nacional del Migrante, Ecuador.

Elaborado por: Abg. María de los Ángeles Herrera Villalva

Este plan busca reincorporar a los ecuatorianos migrantes en la construcción de la sociedad ecuatoriana, estableciendo condiciones y mecanismos que viabilicen su retorno. Se comprende al retorno en un sentido amplio, que no implica necesariamente el regreso físico, sino que incluye, de manera general, la recuperación de las capacidades políticas, culturales, profesionales y económicas de los compatriotas que han emigrado, y quienes desde su lugar de destino siguen contribuyendo con su esfuerzo al progreso de nuestra sociedad.

Hasta el año 2009, según datos de la SENAMI, apenas 1.200 ecuatorianos residentes en el extranjero se han acogido al Plan Retorno auspiciado por el gobierno del

Ecuador<sup>189</sup>. Hasta septiembre de 2010, 4.543 ecuatorianos retornaron con menaje de casa y equipo de trabajo; 6.399 personas en situación de vulnerabilidad (indigentes, enfermos terminales, deportados, entre Otros<sup>190</sup>), fueron apoyados en su retorno al Ecuador; 463 emprendimientos productivos de personas migrantes fueron financiados; se entregaron USD 3.481.000 a través del Fondo El Cucayo para creación de negocios y USD 13.618.700 fueron invertidos por los migrantes como contraparte; y 3.471 personas migrantes fueron capacitadas sobre inversiones sociales productivas<sup>191</sup>.

En términos generales, el Plan de retorno ecuatoriano hace énfasis en un tipo de “retornado” que regresa al Ecuador con cierta capacidad económica y se concentra en su reinserción económica y productiva en la sociedad ecuatoriana. Si bien el Plan contiene elementos para atender de manera emergente a población retornada en condiciones de vulnerabilidad, la prioridad del Estado ecuatoriano apunta a movilizar los recursos humanos y financieros con los que retornan ciertos migrantes con miras a que se conviertan en agentes de desarrollo para el país<sup>192</sup>.

La política migratoria del gobierno ecuatoriano se ha sustentado formalmente en un enfoque de derechos humanos pero no responde materialmente a todas las necesidades de las personas que retornan o quisieran retornar. Si bien es cierto, se ha enfocado en temas relevantes a través del Plan Bienvenidos a Casa y el Plan Cucayo, los migrantes aún no

---

<sup>189</sup> Juan Ángel Amaro Martínez, “Noticias y comentarios de inmigración”: blog electrónico, en: [http://asociacionousciutadans.blogspot.com/2009\\_04\\_01\\_archive.html](http://asociacionousciutadans.blogspot.com/2009_04_01_archive.html)

<sup>190</sup> Tomando en cuenta que este grupo también entra en la lista de “deportados”, es decir: retorno forzado.

<sup>191</sup> Secretaría Nacional del Migrante (2010). “Una política migratoria para el Buen vivir”. Informe de Rendición de Cuentas 2007-2010. Desafíos 2013, p. 17.

<sup>192</sup> María Isabel Moncayo, “Políticas de Retorno en América Latina: Miradas cruzadas”, en Andinamigrante, Boletín del Sistema de Información sobre Migraciones Andinas –FLACSO, Sede Ecuador, N° 10, junio 2011, p. 6.

sienten la asistencia del retorno integral.<sup>193</sup> Se da mayor interés al tema del desarrollo económico que a la reintegración familiar, cultural y social del retornado al Ecuador y se ha perdido de vista el hecho de que la propia identidad del migrante que retorna, ha cambiado<sup>194</sup>; se trata de una solución inmediata que no incluye planes concretos de tutela e inserción social a largo plazo<sup>195</sup>.

En el contexto migratorio de los países andinos, Ecuador es quizás el único país que ha formulado una política que incentiva el retorno de sus conciudadanos, dándole a éste el carácter de digno y humano. Esta política ha sido congruente con el modelo garantista vigente, pues el respeto de los derechos humanos de las personas emigrantes y la promoción de procesos de retorno es una exigencia constitucional.

La lógica que ha orientado la formulación e implementación de esta política ha sido la necesidad de estructurar un nuevo modelo de desarrollo económico y social, que incentive a las personas que se fueron, a retornar. El lema que ha sostenido el gobierno en ese sentido es “estamos arreglando la casa para que vuelvan”<sup>196</sup>.

Ahora bien, habría que analizar si efectivamente esta lógica ha logrado algún efecto concreto en la decisión de los emigrantes ecuatorianos. El nivel de flujos pone en evidencia que las tendencias de retorno, más que responder a una percepción sobre un mejoramiento de las condiciones económicas, sociales y políticas del país, se inscribe como un claro efecto de las condiciones y políticas que viven en el país de destino. Se

---

<sup>193</sup> Entrevista realizada a Alejandra Gómez, representante de la OIM (Organización Internacional de Migración), Quito, junio de 2011.

<sup>194</sup> Entrevista realizada a Javier Arcentales, representante de la Casa de la Movilidad Humana del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, Quito, 2011.

<sup>195</sup> Entrevista realizada a Catalina Cobo, Delegada de la Defensoría del Pueblo en Italia, Defensoría del Pueblo de Ecuador, Roma, junio 2011.

<sup>196</sup> SENAMI –Secretaría Nacional del Migrante, Ecuador, en: [www.senami.gob.ec](http://www.senami.gob.ec)

evidencia también que el fenómeno pudiendo ser masivo, no ha llegado a serlo, porque las personas emigrantes, deciden permanecer en destino, aún en condición de riesgo.

Las cifras de atención y el alcance que tienen los proyectos y programas emprendidos por el Estado, pese a que efectivamente se enmarcan en una filosofía garantista, resultan limitados en la práctica, pues manejan un escaso presupuesto que no puede abastecer la demanda de todas las personas (por ejemplo en el caso de los apoyos a micro-empendimientos). Todo esto devela que la política ecuatoriana aún no logra incidir en el objetivo macro planteado y tampoco ha resultado eficaz en términos de tener la capacidad de atender al acumulado de población emigrante que existe en el exterior.; mucho menos ha conseguido inscribirse en el modelo garantista que tanto pregonaba la Carta Magna. La nueva política migratoria ecuatoriana es coyuntural, pues ha venido respondiendo más a un discurso y a la formulación de programas, que se inscriben en un corte de tipo asistencial y limitadas en el grado de cobertura. Y puede ser catalogada también como implícita porque ha conllevado omisiones como la de no activar mecanismos efectivos, que permitan cuestionar y lograr un proceso de reversión de las políticas de retorno forzado que violan los derechos de las personas migrantes.

Además, un punto importante sobre este aspecto, es pensar hasta qué punto el gobierno ecuatoriano, ha querido promover un proceso de retorno voluntario, si éste a su vez podría conllevar una disminución en el margen de remesas que puede recibir el Ecuador. Tómese para ello en cuenta, que las remesas constituían hasta hace poco la segunda fuente de ingresos del país.

Lelio Mármora advierte sobre los perversos efectos que conlleva la incongruencia entre el discurso, la norma y la práctica de política migratoria. Y esto es lo que preocupa en relación a la política ecuatoriana. Un elevado nivel de discurso garantista, pocos avances

en la adecuación normativa y una política migratoria reducida a una secretaría de estado, que no logra trascender a toda la institucionalidad pública, que maneja proyectos con un corte asistencial y que no ha logrado profundizar el debate y cambios en la política internacional sobre las causas y consecuencias estructurales de la migración y el retorno.

En conclusión, el Plan de Retorno Ecuatoriano, no representa ningún avance en pro de la población que ha emigrado, ni contiene elemento positivo alguno que destacar, ya que no se contemplan algunos aspectos fundamentales para fomentar el regreso de los ecuatorianos en el exterior y su inmediata inserción en el aparato productivo nacional ya que persisten las dificultades para empezar una nueva actividad productiva formal en el país. Un rasgo particularmente criticable es su funcionalidad a la lógica española, dejando en letra muerta lo previsto en la Constitución Política.

El impacto esperado por este plan es mínimo y evidencia que pocas personas desean retornar al país porque los beneficios ofrecidos no son lo suficientemente atractivos. Indudablemente ha habido un aumento en el número de personas que han retornado hasta el presente año, pero esto no ha sido precisamente debido a las condiciones favorables que presenta nuestro país ni mucho menos gracias Plan de Retorno Ecuatoriano, sino más bien a las circunstancias casi insostenibles en las que dicha población se encuentra viviendo en España, lo cual hace que tomen la decisión de retornar. Sin embargo, tomando en cuenta la magnitud de la población emigrante ecuatoriana no se ha convertido en una cifra significativa.

La poca efectividad y el bajo impacto que ha tenido el Plan de Retorno Ecuatoriano plantean interrogantes sobre el sentido real de la política de retorno, sobre su trascendencia real/material, más allá del discurso de acogida con el que se presenta. Además deja abierta una gran interrogante sobre la articulación implícita que puede existir entre la política de

retorno europea y la nacional, ambas implementadas al mismo tiempo, con discursos distintos, pero con un sentido común de interpelar al migrante sobre su regreso.

El reto que tiene este o el gobierno venidero, es desarrollar una política migratoria que no esté sujeta a los vaivenes y coyunturas políticas y económicas; que no reproduzca modelos paternalistas; que no sea asumida como una dádiva del gobierno. Se debe garantizar medios para la reinserción de estas personas, no solo en el plano económico sino también en la comprensión de su nueva realidad social y familiar, así como desarrollar planes que incluyan verdaderas políticas de tutela de derechos humanos.

Hace falta la definición de una política de movilidad humana integral, explícita, no restrictiva, planificada, preventiva, viable, basada en la garantía de los Derechos Humanos, articulada a una política de redistribución de ingresos e inmersa en una estrategia regional y global<sup>197</sup>.

Esta política migratoria integral, que no puede ser la sumatoria de medidas aisladas, debe tomar en cuenta la heterogeneidad económica, tecnológica, social y cultural del Ecuador, y generar equidad y participación en la toma de decisiones que nos afectan a todos los habitantes del país. Las personas migrantes no tienen que ser vistos únicamente como fuente de remesas; se debe reconocer y sobre todo realzar su condición humana.

Por ello es necesario crear un marco jurídico que abarque no solamente los problemas de tipo legal o de procedimiento, sino que tome en cuenta la realidad social, psicológica y económica de los migrantes y sus familiares. Es preciso desarrollar estrategias bilaterales y multilaterales de trabajo en el tema migratorio, no desde una perspectiva de control de fronteras sino de equidad y de desarrollo conjunto, administrando

---

<sup>197</sup>Gardenia Chávez Núñez, “Políticas Migratorias y Derechos Humanos”, en Richard Salazar Medina, edit., *Políticas Migratorias: Hacia la gobernabilidad de las migraciones transnacionales*, Quito, Centro Andino de Estudios Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p. 138.

las ventajas que los flujos migratorios ofrecen y mitigando los efectos no deseados que inevitablemente surgen.

La política de retorno debería comprender medidas para prevenir la migración no voluntaria; alternativas para la canalización de las remesas; mayores campañas informativas sobre los canales regulares para ingresar a los países de destino y los riesgos que implica el migrar en otras vías; y, un registro cabal de los movimientos migratorios de la población así como de los resultados de los planes y proyectos ejecutados en su beneficio. En la política actual, el factor predominante es el económico; se plantea a la migración como un asunto de responsabilidad pública y privada, aceptada cuando se refiere a los bienes, servicios y capitales pero cuestionada cuando es humana.

En general, el diseño de políticas efectivas sobre movilidad humana que incluyan el tema de retorno desde una visión de derechos, es una tarea pendiente en Ecuador y España y esto se debe a la dificultad para reconocer y enfrentar realidades que comprometen a sus respectivas sociedades.

Tanto la política de retorno de España como la nuestra, constituyen mecanismos de gobernabilidad migratoria que responden a los intereses estatales y no a los intereses de las personas. Incluso se puede decir que se privilegia a los migrantes que retornan de manera voluntaria (con recursos tangibles e intangibles acumulados), por sobre aquellos que regresan de manera forzada y tienen menos recursos, con lo cual sobresale un enfoque económico en detrimento de los derechos de los retornados.

Hace falta abrir espacios de negociación bilateral entre Ecuador y España, para evaluar los impactos económicos, sociales y culturales en ambos lados; así como para estudiar las consecuencias de las políticas económicas, sociales y migratorias sobre la población migrante. Únicamente mediante la participación activa y mancomunada de los

gobiernos, sociedad civil e interlocutores sociales, se podrá asegurar una viabilidad y credibilidad de las medidas creadas para proteger y asegurar las necesidades de la población migrante.

## CONCLUSIONES

Las migraciones internacionales durante las últimas décadas han alcanzado crecientes dimensiones que siguen incrementándose en función de las desigualdades socioeconómicas que se profundizan entre los diversos países y regiones, en un orden internacional que se caracteriza por sus asimetrías, monopolios y discriminación.

Estos movimientos migratorios enfrentan un sinnúmero de restricciones y obstáculos debido a la adopción de políticas, normas y procedimientos gubernamentales inspirados en doctrinas de seguridad. Existe una ausencia por parte de los Estados de un abordaje al fenómeno migratorio desde una perspectiva garantista e integral. Se está obviando la atención de los migrantes como sujetos de derechos y la obligación de los Estados de proteger a las personas independientemente del lugar donde hayan nacido y residan. Cada vez más, las políticas migratorias se diseñan desde una óptica policíaca lo que las reduce a estrategias defensivas de gestión en lugar de ser políticas integrales para la realización de los derechos de las personas.

En este trabajo, se defiende el carácter de derecho humano fundamental que posee el derecho a migrar, reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Se evidencia también cómo pese a este reconocimiento formal, los Estados no han asumido el deber correspondiente de dar acogida a la persona que sale del país; resultando inentendible que por una parte se reconozca el derecho de toda persona a salir de su propio país, y que no exista el deber correspondiente de ser admitida en otro.

Al defender el derecho a migrar, reconozco el derecho a la libre movilidad de las personas, el cual entra en contradicción con el derecho soberano de los Estados para permitir entrar en su territorio a quien consideren conveniente. Frente a ello se plantea que si bien es verdad que la libertad de movimiento internacional puede ser limitada por normas

nacionales o internacionales, esos límites deben sujetarse a circunstancias que se hallen expresamente previstas en textos internacionales de derecho obligatorio y, en ningún caso, puede suponer la violación de otro derecho humano fundamental.

Ahora bien, el tema central que nos ocupa es el derecho al retorno, que lo defino como el derecho que tienen todas las personas que han migrado, de regresar a su país de origen o residencia habitual. Una característica fundamental de este derecho es su carácter voluntario, es decir, debe responder a la decisión de la persona y no debe serle impuesto, puesto que si se lo impone dejaría de ser un derecho y se convertiría en una violación, rompiendo así la esencia del derecho a migrar.

El derecho al retorno es consustancial al derecho a migrar, pero a su vez tiene su propia especificidad, se expresa de manera distinta, entra en el mismo debate que el derecho a migrar y ha sido sujeto a las mismas políticas de restricción. El derecho al retorno, al igual que el otro, también se ve sometido a las restricciones que imponen las concepciones de soberanía y seguridad.

Un concepto básico para la distinción entre ciudadanos y extranjeros, es la ciudadanía, entendida como la condición de pertenencia a una determinada comunidad. Esta ha sido el elemento distintivo entre “propios” y “extraños”, motivo de discriminación y relegación para aquellos que no nacieron en determinado lugar sino que llegan a éste en condición de migrantes.

Tanto Ecuador como país emisor y España como país receptor, se han visto en la necesidad de diseñar políticas migratorias en vista del creciente flujo de movilización de personas que se ha dado en los últimos años. Respecto del marco de protección y las políticas migratorias en la Unión Europea y en España, se enmarcan en una restricción de la posibilidad de migrar, combatiendo la migración irregular con medidas de control de

carácter policíaco, lo que configura en definitiva una política restrictiva en donde prevalecen los intereses económicos y laborales por sobre la protección de los derechos humanos de la población que migra.

La filosofía de la política migratoria de la Unión Europea es aceptar únicamente la existencia de los inmigrantes como trabajadores individuales, cuyo estatuto legal es vulnerable y precario; tratando de asegurar que sólo llegue la cantidad de inmigrantes necesarios y que, cuando dejen de ser útiles, se los pueda expulsar fácilmente. Para ello fueron diseñados los planes y programas de retorno “voluntario” cuyo carácter volitivo sólo figura en el título puesto que se trata de estrategias desarrolladas específicamente para liberarse de la población migrante que consideran innecesaria.

Hasta la fecha, el Derecho de Extranjería Español evidencia importantes contradicciones como la existente entre la condición jurídica de irregularidad y la supuesta universalidad de los derechos humanos más básicos; la política migratoria española contraviene el principio de no discriminación de los derechos humanos y superpone una lógica de seguridad basada en los intereses estatales.

El derecho de retorno, en la Unión Europea, es usado como un mecanismo de control que atenta a la naturaleza del derecho general a migrar y como un dispositivo para la ejecución de su política migratoria, restrictiva y violatoria de derechos. Muestra de ello es la Directiva de Retorno, adoptada en el 2008, que constituye una de las violaciones más claras a los derechos humanos de la población migrante; ésta tenía como objetivo armonizar los procedimientos que siguen los estados miembros en la repatriación de inmigrantes irregulares.

Con esta directiva, los derechos de las personas migrantes quedan ausentes de las políticas y medidas adoptadas en su materia. Además, entra en contradicción con

principios básicos de derechos humanos, propugnando un carácter criminalizador de la inmigración. Incluso entra en contradicción con principios claves de un Estado de Derecho, como es el de garantía jurisdiccional de los derechos, el de presunción de inocencia y el derecho a la defensa.

Una directiva de ese tipo, que quiera ser efectivamente fiel a los derechos humanos, debería priorizar la salvaguardia de los derechos fundamentales de las personas implicadas en el retorno, hacer posible que éste sea auténticamente voluntario, coherente con una genuina libertad de circulación y de residencia, que contribuya a la gestión de la inmigración en beneficio de todas las partes implicadas, en especial de la parte vulnerable: las personas que migran.

Ahora bien, respecto a nuestro país, aunque el tema migratorio está contemplado en la Constitución de la República, la normativa vigente en la materia continúa siendo múltiple, dispersa y todavía no se ajusta a los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos. Se evidencia que la legislación interna del Ecuador respecto al tema migratorio es insuficiente y anacrónica para tratarlo en forma cabal y eficaz.

La normativa secundaria relacionada con el tema de movilidad humana no se encuentra armonizada con los principios y derechos establecidos en la Constitución del 2008, ni con los estándares internacionales en esta materia. Es una legislación caduca que datan de los años 70, cuando el Ecuador se hallaba bajo una dictadura militar y sus leyes eran diseñadas a partir de una óptica securitista y restrictiva. En ésta no se contempla la posibilidad de flujos masivos de emigración, inmigración, refugio, ni se avizoran procesos de retorno de la población migrante.

En la práctica, los programas desarrollados para incentivar el retorno de los compatriotas migrantes, no han cumplido las expectativas iniciales, quedando tan sólo

como buenas intenciones y de hecho, únicamente en el ámbito económico, puesto que estos planes no toman en cuenta aspectos como el social, político, cultural, y otros que potencien las ventajas de la identidad transnacional que los migrantes adquirieron durante su proyecto migratorio. Estos planes no observan que las personas que retornan son mucho más que una cifra de remesa que ingresa o no al país, sino que son seres humanos que vienen cargados de experiencias, conocimientos, saberes y culturas que pueden aportar al país.

El Plan Nacional de Desarrollo Humano para las Migraciones se diseñó de manera poco participativa, dejando fuera a la sociedad civil y a varias organizaciones que trabajan con migrantes y retornados. Inclusive, hasta el día de hoy el gobierno no ha impulsado un proceso participativo de rendición de cuentas, pese a que el plan mencionado finalizó en diciembre del año pasado.

Así también, las políticas públicas deben nacer de la población civil, basándose en estándares de Derechos Humanos, ya que la participación ciudadana es una praxis fundamental del desarrollo que se basa en la credibilidad, en la confianza y de convicción social; el mandante es el que genera la ley, el que debe nutrir las políticas a partir de sus derechos y el que debe velar por su cumplimiento; y esa participación nace desde la organización social.

La política de retorno ecuatoriana no es integral, no contempla tanto la emigración como la inmigración, ni la migración de tránsito, ni puntualiza en las características particulares de nuestra sociedad. Lastimosamente no se halla debidamente sustentada en la realidad del país, dejando a un lado la calidad de persona del migrante y ocupándose únicamente del supuesto desarrollo económico del retornado.

En Ecuador, en los últimos años, se evidencia una tendencia de retorno al país, la cual sin embargo, es ligera pues no llega a cubrir el saldo acumulado de personas ecuatorianas que salieron del país; además se debe tomar en cuenta que es la última opción de los migrantes, incluso en tiempos de crisis. Este proceso de retorno era previsible por los efectos que generó la crisis económica europea y norteamericana de 2009, traducidas en falta de empleo, la consiguiente irregularidad y el endeudamiento por la conversión de las deudas inmobiliarias. A ello se suma, la implementación de políticas de restricción y criminalización, fundamentadas en la Directiva de Retorno.

A pesar de la situación adversa que actualmente enfrentan muchos migrantes en los países de destino, éstos no se deciden a retornar puesto que los incentivos para permanecer son mayores que los incentivos para regresar.

El flujo de remesas familiares enviadas por los migrantes ecuatorianos hacia nuestro país, constituye la segunda fuente de divisas que ingresa a éste, luego de las exportaciones de petróleo, y es ampliamente superior a la inversión extranjera directa en el país. Este ingreso se vuelve clave en un contexto de dolarización, toda vez que nuestro esquema monetario requiere de divisas para su sostenimiento; como tal, se lo puede considerar como un factor clave para el desarrollo del país.

Siendo así, es clave preguntarse si efectivamente le interesa al gobierno el retorno de sus migrantes, fuente de tan importante ingreso, cuando su regreso significaría una notable reducción de las remesas que entran al país y tendría un gran impacto en la economía del Ecuador.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias políticas de desarrollo de América Latina*, CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), Argentina, documento preparado para *Derechos y Desarrollo en América Latina: Una reunión de trabajo*, Santiago de Chile, diciembre 09 y 10 de 2004.
- Acosta Alberto, López Susana y Villamar David, *La Migración en el Ecuador: oportunidades y amenazas*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006.
- Aldecoa Luzarraga, F., *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*, edit. Tecnos 2002.
- Baeza Concha, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2.
- Belloso Martín, Nuria, “Inmigrantes y Mediación Intercultural”, en Laura Miraut Martín, *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid, DYKINSON, 2004.
- Blanco, Cristina, *Las Migraciones Contemporáneas*, España, Editorial Alianza, 2000. Boaventura de Sousa, Santos y César Rodríguez, “El Derecho y la Globalización desde abajo”, en Santos Boaventura de Sousa, *Hacia una Legalidad Cosmopolita*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- Bonilla Urvina, Marcelo, “La construcción de la imagen del migrante en España”, en Programa Andino de Derechos Humanos, ed., *Globalización, Migración y Derechos Humanos*, Quito, 2004.

- Borja, Patricia, “El Plan de apoyo a los inmigrantes y sus familias. La Migración en la Agenda Política Exterior del Ecuador”, en Javier Ponce Leiva, ed., *Migrantes: Problemas y ayudas*, Quito, Editorial El Conejo, 2005.
- Carballo, Manuel y Reinaldo Flores, “Migraciones: Causas e Implicaciones”, en Unidad de Estudios Humanitarios, ed., *Movimientos de Población, Migraciones y Acción Comunitaria*, Barcelona, ICARIA, 2004.
- Carbonell, Miguel, “El Derecho a Migrar y las Fronteras”, en Nicole Pérez Rúaless y Alex Valle Franco, *Los Derechos en la Movilidad Humana: Del Control a la Protección*, Quito, V&M Gráficas, 2009.
- “¿Se justifican las fronteras en el Siglo XXI?”, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, diciembre 2006, en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coord., *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, IJ-UNAM, 2007.
- Cassarino, Pierre, “El Retorno y la readmisión en las Políticas Migratorias Estatales”, en Pierre Cassarino, ed., *Conditions of Modern Return Migrants*, International Journal on Multicultural Societies, UNESCO, Vol. 10, N° 2, 2008.
- Cortés Maisonave, Almudena, “Los nuevos patrones de gobierno de la migración desde el Sur de Europa: la migración ecuatoriana y el codesarrollo, en la Encrucijada”, en Nicole Pérez Rúaless y Alex Valle Franco, ed., *Los Derechos en la Movilidad Humana: del control a la protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Chávez Núñez, Gardenia, “Derechos Humanos, Migración y Políticas Migratorias en un Contexto Globalizado”, en Programa Andino de Derechos Humanos, Comp., *Diálogo y Debates sobre Derechos Humanos*, Quito, 2009.

“Políticas Migratorias y Derechos Humanos”, en Richard Salazar Medina, ed., *Políticas Migratorias: Hacia la Gobernabilidad de las Migraciones Transnacionales*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009.

Dávalos Muirragui, María Daniela, “¿Existe la Ciudadanía Universal? Análisis de las ideas del Cosmopolitismo plasmadas en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, en Ramiro Ávila Santamaría, ed., *La Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, noviembre 2008.

Global Migration Group, *International Migration and Human Rights. Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60<sup>th</sup> Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, October, 2008.

De Lucas, Javier, “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en Laura Miraut Martín, ed., *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid, Dykinson, 2004.

“El Desafío Político de la Inmigración: La Ciudadanía Universal”, en Unidad de Estudios Humanitarios, *Movimientos de Población, Migraciones y Acción Comunitaria*, Barcelona, ICARIA, 2004.

“Globalización e Identidades. Claves políticas y jurídicas”, en *Icaria Antrazyt: colección de análisis contemporáneo*, N° 195, Icaria, Barcelona, 2003.

*El Desafío de las Fronteras. Derechos Humanos y Xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, 1994.

“La Unión Europea ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política”, en Pablo Ceriani Cernadas y Ricardo Fava, edit., Buenos Aires, Universidad Nacional de Lanús, 2009.

- De Wenden, Catherine, “El Fenómeno Migratorio en Europa”, en Madeleine Andenberg, comp., *Migraciones Internacionales: Un mundo en movimiento. Bondades y Retos de las Migraciones*, Colombia, mayo de 2004.
- Étienne Balibar, *¿Qué significa la Ciudadanía Europea?*, Revista Internacional de Filosofía Política, abril de 1994, citado por Javier de Lucas, “El Desafío Político de la Inmigración: La Ciudadanía Universal”, en *Movimientos de Población, Migraciones y Acción Comunitaria*, Editorial ICARIA, Barcelona, 2004.
- Escobar, Cristina, “Migración y Derechos Ciudadanos: el caso mexicano”, en Marina Ariza y Alejandro Portez, coords., *El País Transnacional. Migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2007.
- Geronimi Eduardo, Lorenzo Cachón y Ezequiel Texidó, “Acuerdos Bilaterales de Migración de Mano de Obra: Estudio de casos”, Estudios sobre migraciones internacionales, Cartilla 66, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- Gil, Sandra, “La construcción de una Política Migratoria en la Unión Europea”, en Unidad de Estudios Humanitarios, *Movimientos de Población: Migraciones y Acción Humanitaria*, Barcelona, Editorial ICARIA, 2004.
- Gómez Ciriano, Emilio José, “La invisibilidad de los inmigrantes irregulares en el nuevo marco normativo de extranjería”, en Jesús Ernesto Peces Morate, ed., *Inmigración y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, LERKO PRINT, 2002.
- González, Clementina, “Sociedad, Migración y Derechos Humanos”, en *Memorias del VII Encuentro Ecuatoriano de Filosofía “Francisco Álvarez González”*, Cuenca, 1998.

- Ibáñez, José Luis, “Marco Internacional de Protección de los Migrantes Laborales y sus derechos”, en Richard Salazar Medina, ed., *Políticas Migratorias: Hacia la gobernabilidad de las migraciones transnacionales*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009.
- INEC, “Caracterización sociodemográfica y económica de las y los emigrantes”, en Coalición por las Migraciones y el Refugio, *Segundo Informe Alternativo a la Convención de Trabajadores Migratorios y sus Familias*, Quito, 2008.
- Informe Global *Mujeres Migrantes Andinas, Contexto, Políticas y Gestión Migratoria*, Santiago de Chile, agosto de 2010.
- Jiménez, Pinyol y Urrutia Arestizábal, “Cuando el retorno no es voluntario: la Directiva sobre Retorno de la Unión Europea”, en *Tiempo de paz, Retorno Voluntario de los Migrantes: revista española*, N° 93, Madrid.
- Julio Martínez, *Derechos Humanos y Migraciones desde la clave de la ciudadanía*, en Migraciones; Reflexiones y Propuestas de la Sociedad Civil, Memorias sobre la Jornada Hemisférica sobre Políticas Migratorias, julio 26 y 27 de 2004, citado por Giuseppe Solfrini, ed., en *Tendencias y Efectos de la Emigración en el Ecuador. Las Dinámicas de la Migración Irregular*, Volumen II, Quito, ALISEI, 2005.
- Lelio Mármora, *Derechos Humanos y Políticas Migratorias*, 21 de enero de 2003, citado por Giuseppe Solfrini, ed., “Tendencias y Efectos de la Emigración en el Ecuador. Las Dinámicas de la Migración Irregular”, Volumen II, Quito, ALISEI.
- Lorenzo Cachón, “Los Acuerdos Bilaterales celebrados por España con Ecuador y Colombia”, en Oficina Internacional del Trabajo, Sector de la Protección Social, *Estudios sobre Migraciones Internacionales, Acuerdos Bilaterales de migración*

- de mano de obra; Estudio de casos*, Programa de Migraciones Internacionales, 2004.
- Luigi Ferrajoli, “*Derechos y Garantías. La ley del más débil*”, Madrid, Trotta, 1998, citado por Javier de Lucas, “El Desafío Político de la Inmigración: La Ciudadanía Universal” en *Movimientos de Población, Migraciones y Acción Comunitaria*, Barcelona, Editorial ICARIA, 2004.
- Malgesini, Graciela y Carlos Giménez, *Guía de Conceptos sobre Migraciones, Racismo e Interculturalidad*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2000.
- Mercader Uguina, J. y Muñoz Ruiz, A.B., “El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 32, 2001.
- Miraut Martín, Laura, “Problemas Pendientes de la Migración en un Mundo Dividido”, en Laura Miraut Martín, ed., *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid, DYKINSON, 2004.
- Oliván, Fernando, “Derecho y Migraciones. Elementos para una aproximación metodológica (con un análisis de la elaboración de la mal llamada nueva ley de extranjería y de otras reformas)”, en Francisco Checa, ed., *Las Migraciones a debate: De las teorías a las prácticas sociales*, Barcelona, Editorial ICARIA, 2002.
- Peces Morate, Jesús E., “Las Declaraciones de Derechos y su Efectividad respecto de los inmigrantes”, en Jesús Ernesto Peces Morate, Dir., *Inmigración y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, LERKO PRINT S.A, 2002.
- Peris-Mancheta Barrio, Juan, “La Nueva Política Migratoria Integral del Ecuador en la Encrucijada”, en Nicole Pérez Rúaes y Alex Valle Franco, ed., *Los Derechos en la*

- Movilidad Humana: del control a la protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2009.
- Ponce Leiva, Javier, edit., *Emigración y política exterior en Ecuador*, Quito, Docutech, 2005.
- Ramírez Gallegos, Franklin y Paul Jacques Ramírez, “Contexto y evento crítico de la estampida migratoria ecuatoriana 1998-2004”, en Centro de Investigaciones, ed., *La estampida migratoria ecuatoriana. Crisis, redes transnacionales y repertorios de acción migratoria*, Quito, 2005.
- Revista Andinamigrante, Boletín del Sistema de Información sobre Migraciones Andinas –FLACSO, Sede Ecuador, N° 10, junio 2011.
- Ruiz, Martha Cecilia, “Integración Económica y Migración: Políticas restrictivas en tiempos de libre comercio”, en *Mujeres contra el ALCA*, Quito, Octubre 2002.
- Ruiz Vieyetz, Eduardo J., “Estado actual de la extranjería en el estado español. Análisis Crítico de las Políticas Institucionales y Sociales”, en Unidad de Estudios Humanitarios, *Movimientos de Población: Migraciones y Acción Comunitaria*, Barcelona, ICARIA, 2004.
- Santana Ramos, Emilia, “Hacia una integración real de la inmigración en la sociedad receptora”, en Laura Miraut Martín, ed., *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid, DYKINSON, 2004.
- Solfrini, Giuseppe, edit., *Tendencias y Efectos de la Emigración en Ecuador. Características de la nueva ola migratoria*, Volumen I, Quito, ALISEI, 2005.
- Torres, Bolívar, “Los Mecanismos Internacionales de Protección de los Derechos de los Inmigrantes”, en Javier Ponce Leiva, ed., *Migrantes: Problemas y ayudas*, Quito, Editorial El Conejo, 2005.

Valle Franco, Alex, “El derecho a tener derechos”, en Nicole Pérez Rúaless y Alex Valle Franco, ed., *Los Derechos en la Movilidad Humana: del control a la protección*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Zamora Crespo, M, “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, en *Políticas Comunitarias*, Antonio Calonge Velásquez, coord., 2002.

## **Normativa Nacional**

Constitución Política de la República del Ecuador – 2008.

Código del Trabajo

Código Orgánico de la Función Judicial

Código Penal Ecuatoriano.

Decreto Ejecutivo 994, publicado en el Registro Oficial 316, de 15 de abril de 2008, mediante el cual se modifica la denominación del Programa de Ayuda, Ahorro e Inversión para los Migrantes Ecuatorianos y sus Familias, por: “Fondo para el Desarrollo Humano del Migrante Ecuatoriano”.

Decreto Ejecutivo 2378, publicado en el Registro Oficial, Suplemento 527, de 05 de marzo de 2002, con el que se crea el Programa de Ayuda, Ahorro e Inversión para los migrantes ecuatorianos y sus familias.

## **Normativa Internacional**

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados - ACNUR, Resolución N° 30 del 15 de agosto de 2002, numeral 7.

CEPAL-OIM, Conferencia hemisférica sobre migración internacional: Derechos Humanos y trata de personas en las Américas. *Migración y Derechos Humanos*, Noviembre de 2002, Santiago de Chile.

Comité de Derechos del Niño, Observación General 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, del 01 de septiembre de 2005.

Comunidad Andina de Naciones, Decisión 538.

Comunidad Andina de Naciones, Decisión 545.

Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños

Convención de Caracas sobre Extradición.

Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo –OIT.

Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres.

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

Convención sobre Asilo Político.

Convención sobre los Derechos de los Niños.

Convenio de la Haya sobre aspectos civiles del plagio internacional de menores.

Convenios de la OIT –Organización Internacional del Trabajo: Convenio 97 sobre Trabajadores Migratorios; Convenio 105 sobre Abolición del Trabajo Forzado; Convenio 110 Relativo a las condiciones de empleo de trabajadores en las plantaciones; Convenio 117 Sobre Normas y Objetivos Básicos de la Políticas Sociales; Convenio 118 Sobre Igualdad de Trato en Materia de Seguridad Social; Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales; y, Convenio 182 sobre Prohibición de las Peores Formas de Maltrato Infantil.

Convenio para la represión de la Trata de Personas y Explotación de la Prostitución.

Convenio Schengen de 19 de junio de 1990.

Constitución Europea, Parte III, Título III, Capítulo IV.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° T532/92, de 23 de septiembre de 1992.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C N°100, párr. 134.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, serie A N°17, párr. 56.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*, párr. 155.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs Estados Unidos de América*, párr. 179.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Derechos Humanos de los Migrantes, estándares internacionales y Directiva Europea de Retorno”, Resolución 03/08.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los estados unidos mexicanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Voto concurrente del Juez CançadoTrindade.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ley de Asilo Española de 1984

Ley de Documentos de Viaje

Ley de Extranjería Española de 1985

Ley de Naturalización

Ley del Registro Civil

Ley 8/2000, aprobada el 22 de diciembre de 2000 y entró en vigencia el 23 de enero de 2001.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 27: Libertad de Circulación (Artículo 12), 1999.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (establecido el 16 de diciembre de 1966).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (establecido el 16 de diciembre de 1966).

Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire.

Real Decreto Español de 1986

Reglamento a la Ley de Extranjería Española de 1985

Reglamento de Desarrollo a la Ley de Asilo Española de 1985

Tratado de Montevideo sobre Asilo y Refugio Político, de 1939.

Tribunal Constitucional Español, sentencias 107/1984 y 115/1987

## Páginas Web

Ayllón, Daniel, “El retorno voluntario tiene a 2000 extranjeros en lista de espera”, en *Público.es*, Madrid, 28 de marzo de 2011, en:

<http://www.publico.es/espana/368363/el-retorno-voluntario-tiene-a-2-000-extranjeros-en-lista-de-espera>

Colectivo Ioé, “Documento sobre la caracterización de la Inmigración”, en:

<http://www.colectivoioe.org/uploads/edb969a5b5bb4f6aaf3f9afb865cf396533d9315.pdf>

“Ecuador: Remesas se recuperan pero incertidumbre continúa”, s.f., en:

<http://www.migrantesecuador.org/content/view/7510/256/>

*El número de inmigrantes no comunitarios baja por primera vez*, Blog “Inmigrantes en

España”, s.f., España, marzo 2011, en: <http://madrepatria.blogspot.com/2011/03/el-numero-de-inmigrantes-no.html>

“España: El desempleo empuja a los inmigrantes a la ilegalidad”, s.f., en:

<http://www.migrantesecuador.org/content/view/7537/253/>

“España: Expertos creen que garantías en España desestiman el retorno de inmigrantes”,

s.f., en: <http://www.migrantesecuador.org/content/view/6112/253/>

Maldonado, Jaqueline, “Sin retorno por hipoteca y residencia”, en:

<http://www.ociolatino.com/2009/02/sin-retorno-por-hipoteca-y-residencia.html>

Malgesini Rey, Graciela, *Guía Básica del Codesarrollo: Qué es y cómo participar en él*,

2005, en: <http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/68286BB7-FEC1-4DD6-AFDE-28F35816A04C/115867/contenidoGabrielaMalgesini1.pdf>

Ortega Pérez, Nieves, “España: Hacia una nueva política migratoria”, Universidad de Granada, Granada, febrero 2003, en:

<http://www.mugak.eu/gunea/arauak/rpm/nuevapoli>

“Plan de Retorno cumple dos años sin convencer”, s.f, en:

<http://www.enlatino.com/actualidad/plan-retorno/plan-retorno-cumple-dos-anos-sin-convencer>

*¿Qué es el Derecho al Retorno?*, s.f. autor desconocido, en:

<http://www.lular.info/a/mundo/2010/07/Que-es-el-Derecho-al-Retorno.html>

SENAMI –Secretaría Nacional del Migrante, Ecuador, en: <http://www.senami.gob.ec>

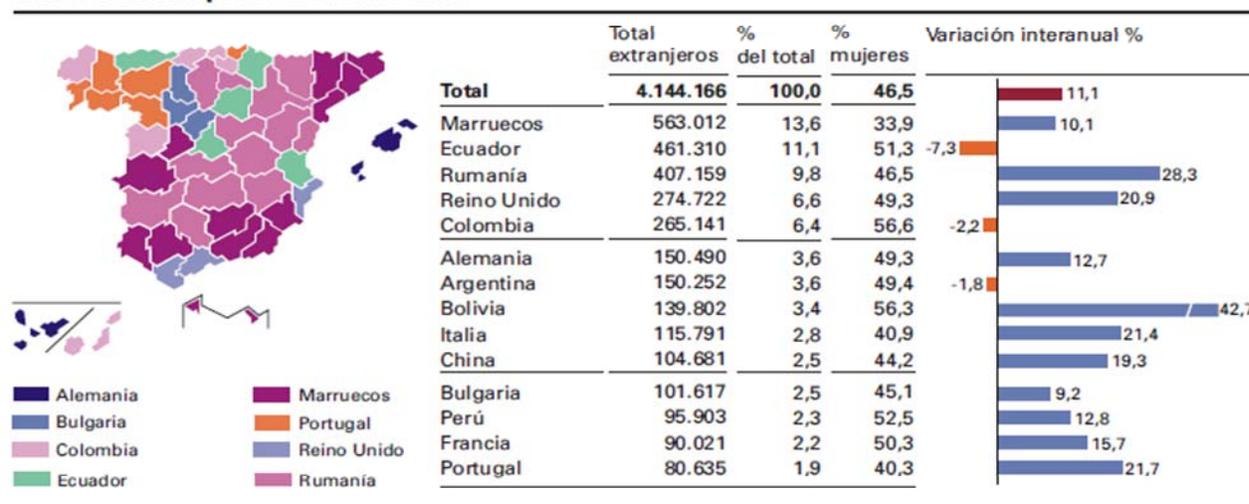
## ANEXOS

### Caracterización de la Población Migrante existente en España<sup>198</sup>

#### Nacionalidades predominantes. 2005



#### Nacionalidades predominantes. 2006

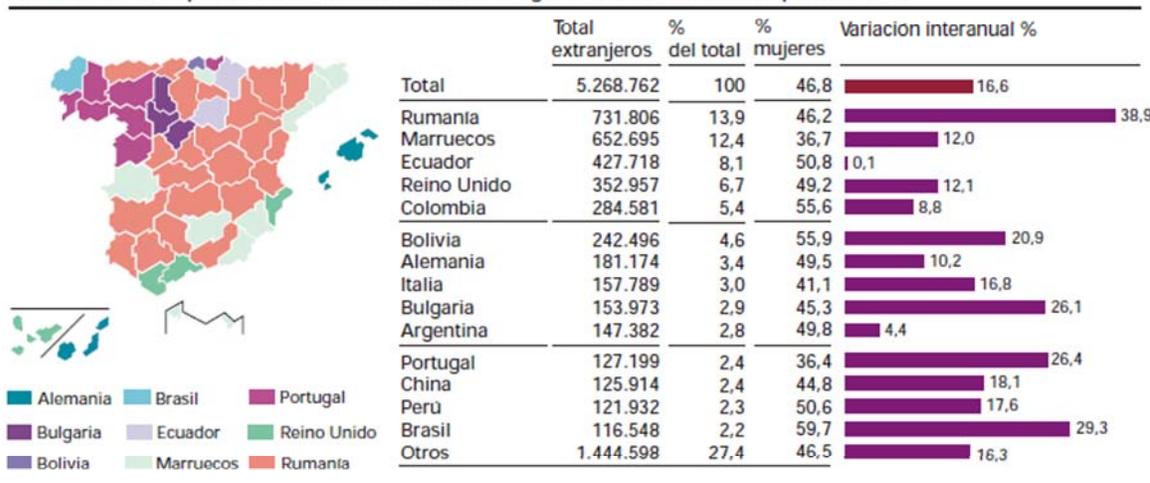


<sup>198</sup> Fuente: [www.ine.es/prodyser/pubweb/escpif/escpif10.pdf](http://www.ine.es/prodyser/pubweb/escpif/escpif10.pdf)

### Nacionalidades predominantes. 2007



### Nacionalidades predominantes entre los extranjeros residentes en España. 2008



### Nacionalidades predominantes entre los extranjeros empadronados en España. 2009

