

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

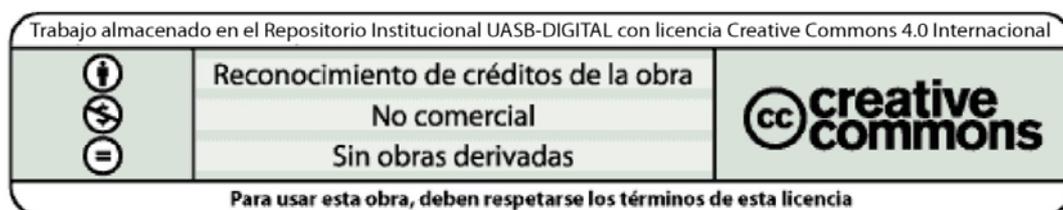
Maestría en Derecho Constitucional

**El derecho humano a la movilidad humana; su desarrollo en la
jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana**

Hipatia Silvana Zambrano Gende

Tutora: Elsa Guerra Rodríguez

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Hipatia Zambrano Gende, autora de la tesis intitulada “Los derechos en la movilidad humana: Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 1 febrero del 2019

Firma:

Resumen

El reconocimiento de los derechos en la movilidad humana es el resultado del enfoque de derechos humanos sobre los diferentes tipos de movilidad. Constituyen la respuesta al enfoque securitista del Estado que busca cerrar las fronteras, lo que ha provocado la vulneración sistemática de los derechos de las personas en contextos de movilidad humana, esto se ha reflejado en la promulgación de tratados internacionales y regionales sobre migración, y pronunciamientos de los órganos de protección de derechos, quienes al interpretar esos tratados han establecido estándares de protección de los derechos en la movilidad humana que deben ser respetados por los Estados.

El enfoque de derechos humanos sobre las migraciones ha sido receptado por la Constitución ecuatoriana de 2008, que reconoce el concepto holístico de movilidad humana para incluir dentro de aquel los distintos tipos de movilidad, evitando así discriminar. Además, las personas en movilidad humana son consideradas un grupo de atención prioritaria, y por lo tanto, titulares de un conjunto de derechos que tienen como columna vertebral los principios de ciudadanía universal y la libre movilidad de las personas.

El objetivo del presente estudio es revisar la situación de los derechos en materia de movilidad humana en Ecuador, especialmente su garantía en las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana, en el marco del contenido constitucional y los estándares internacionales de derechos humanos.

En definitiva, la investigación demuestra que la labor de la Corte Constitucional ecuatoriana no ha sido homogénea. Dentro de su catálogo de jurisprudencia sobre movilidad humana existen sentencias que contradicen los propios pronunciamientos de este órgano, y el marco internacional de protección de los derechos humanos.

Palabras clave: movilidad humana, migración, derechos humanos, securitización del Estado, Corte Constitucional del Ecuador.

A todas las personas que han estado conmigo en este proceso y que de una u otra manera me ayudaron a continuar a pesar de las complicaciones que la vida puede presentar en algunos momentos.

Tabla de contenidos

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis	3
Resumen	5
Tabla de contenidos	9
Introducción.....	11
Capítulo uno	15
Movilidad humana.....	15
1. La movilidad humana, un proceso complejo y multicausal.	16
2. El hecho migratorio	20
2.1. La situación de la migración en España, Estados Unidos y América Latina. .	23
3. Los estudios de movilidad humana	28
4. Gobernanza de la movilidad humana	34
5. El concepto de movilidad humana	38
a. Integralidad del concepto movilidad humana	39
b. Tipos de movilidad humana	40
c. La ciudadanía universal y la libre movilidad de personas	43
Capítulo dos.....	45
Estándares de derechos humanos sobre movilidad humana.....	45
1. La movilidad humana en el sistema universal de derechos humanos	45
1.2. Derecho Internacional de los Apátridas	49
1.3. Derecho internacional de los refugiados	51
1.4. Instrumentos que protegen los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.....	52

1.5. Instrumentos en contra de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes	54
2. La movilidad humana en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	55
2.1. Obligaciones de los Estados	57
2.2. Derechos de las personas en movilidad humana	63
Capítulo tres.....	73
Movilidad humana en Ecuador.....	73
1. Constitución y movilidad humana.....	74
2. Breve mirada a la normativa infra constitucional sobre movilidad humana	76
3. Corte constitucional del Ecuador y movilidad humana.....	80
3.1. Decisiones constitucionales sobre movilidad humana en Ecuador.....	81
Conclusiones.....	121
Bibliografía.....	127

Introducción

En la actualidad enfrentamos problemas que cada día se incrementan y complejizan, uno de ellos es el fenómeno migratorio, que, recientemente, ha despertado la atención de juristas, sociólogos, politólogos, quienes tratan de estudiar sus causas y consecuencias.

Los esfuerzos de las agencias internacionales para resolver los problemas asociados a este fenómeno han fracasado¹ debido a la prevalencia de lineamientos securitistas, impulsados por potencias económicas mundiales, quienes se benefician de la migración irregular para cubrir sus mercados de trabajo a bajo costo², sin tomar en cuenta que en el actual escenario global existen causas de la migración que difícilmente pueden resolverse con el cierre de las fronteras. Así por ejemplo: las olas de migrantes de Libia, Siria por la guerra civil; los desplazados por el conflicto armado en Colombia, o las recientes caravanas migratorias centroamericanas que huyen de la violencia.

Es decir, el fenómeno migratorio no puede controlarse —en ello se fundamenta la política internacional sobre migración— sino que debe gobernarse para no perjudicar a los actores involucrados. Existen críticas sobre el diseño de la política migratoria internacional porque favorece a los países desarrollados, quienes pueden establecer medidas para permitir el ingreso discriminado y selectivo de migrantes en su territorio, especialmente de migrantes calificados; pese a ello, se ha conformado un movimiento por la protección de los derechos de los migrantes, que abanderan la lucha por el reconocimiento de los derechos en la movilidad humana.

En este escenario, una pregunta recurrente es ¿qué pasa con los derechos en la movilidad humana? El enfoque de los derechos humanos sobre la migración ha sido obviado por el discurso securitista del Estado, según el cual es posible limitar el ingreso de personas de otros Estados por cuestiones de interés nacional, incluso se justifica la no

¹Para analizar la labor de la OIM, véase: Mary Estupiñan, *Acerca de la gobernanza y la gestión migratoria. Crítica del papel de la OIM en el gobierno de la migración internacional y regional*, Documentos de trabajo (Buenos Aires: CLACSO, 2013), 11-14.

²Alejandro Canales, “Los inmigrantes latinoamericanos en Estados Unidos: inserción laboral con exclusión social”, en *Panorama actual de las migraciones en América Latina*, ed. Alejandro Canales (México: Universidad Autónoma de Guadalajara/Asociación Latinoamericana de Población. México, 2006), 81-116.

intervención del Estado por tratarse de personas “ilegales” o “irregulares”, para no brindar asistencia a la población de inmigrantes. El objetivo principal es la deportación.

El enfoque de derechos humanos en la migración ha ganado terreno en el marco internacional, aunque queda bastante por recorrer en el ámbito interno de los Estados. Así por ejemplo, esas ideas están presentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— y en los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —Comisión IDH—, quienes al interpretar los instrumentos internacionales e interamericanos de protección de los derechos humanos, han diseñado estándares relacionados con las obligaciones de los Estados y los derechos de las personas en la movilidad humana.

Esos estándares son recogidos, en el caso ecuatoriano, como parte del bloque de constitucionalidad, en consecuencia, las autoridades y jueces deben aplicar los instrumentos internacionales y jurisprudencia interamericana cuando analizan solicitudes de visa, refugio, y en procesos judiciales relacionados con personas en contextos de movilidad. La protección de los derechos de movilidad, tiene su fundamento en la Constitución de 2008, en los principios de ciudadanía universal y la libre movilidad de las persona.

En ese contexto, la Constitución de 2008 juega un papel central en la protección, promoción y aplicación de los derechos de las personas en condiciones de movilidad en Ecuador. Los derechos y principios reconocidos en ella guardan coherencia con los estándares internacionales. Para desarrollar el contenido de los mismos, se ha promulgado la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

La Constitución y las normas infra constitucionales han sido interpretadas por la Corte Constitucional del Ecuador en sus sentencias; por ello, es importante preguntarnos ¿cuál es la labor de la Corte Constitucional en la interpretación y aplicación de los derechos de las personas en situación de movilidad? Este cuestionamiento surge porque la Corte Constitucional es la encargada de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas constitucionales mediante la jurisdicción constitucional como parte de las competencias que le han sido otorgadas.

Estas preguntas y tópicos serán desarrolladas a lo largo del trabajo de investigación.

Así, el primer capítulo expone la situación de la movilidad humana a nivel internacional, con el objetivo de determinar la pertinencia de usar un enfoque integral de derechos en la movilidad humana. Se exponen cifras sobre el hecho migratorio, en concreto los flujos migratorios que guardan relación con el contexto ecuatoriano, sus causas y consecuencias, para dimensionar la magnitud del fenómeno y sus formas de gobernanza a nivel internacional, pero principalmente para deshilvanar el concepto de movilidad humana presente en la Constitución de 2008.

El segundo capítulo busca recoger los estándares internacionales sobre movilidad humana. Se recopilan los estándares del sistema universal de derechos humanos y el sistema interamericano de derechos humanos.

Finalmente, el tercer capítulo analiza las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana, centrándose en el desarrollo y aplicación de los derechos en la movilidad humana y la coherencia que guardan con las normas constitucionales y los estándares internacionales; para ello, se aborda la situación de la movilidad humana en Ecuador, se analizan las normas constitucionales que reconocen los derechos en la movilidad humana, se revisa la normativa infra constitucional, y finalmente se desarrolla el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional.

Las sentencias analizadas únicamente son aquellas en las que la Corte se pronuncia sobre aspectos relacionados con los derechos en la movilidad humana. Se escogieron sentencias emitidas desde el 2009 hasta el 2016.³ El análisis de las mismas se ordena desde aquellas en las que existe vulneración de los derechos hasta aquellas en las que existe una garantía efectiva de los mismos. Se revisa si la aplicación que los derechos en la movilidad humana realizadas por la Corte guardan coherencia con los estándares de protección de los derechos en la movilidad humana.

³ Se han revisado los estudios que sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional han realizado: Angélica Porras, *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana: período octubre 2008 - diciembre 2010*. Tomo I. Serie Jurisprudencia constitucional 1 (Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2012); Angélica Porras, *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana: período octubre 2008 - diciembre 2010*. Tomo II. Serie Jurisprudencia constitucional 1 (Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2012); Corte Constitucional, *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional (Período noviembre de 2012 – noviembre de 2015)*: (Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2016); Pamela Aguirre, ed., *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional* (Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2015); Pamela Aguirre, ed., *Rendición de cuentas del proceso de selección: período 2008-2013* (Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2013)

Se explica que la Corte presenta jurisprudencia contradictoria, es decir, por un lado expide jurisprudencia de vanguardia en relación a la protección de los derechos de las personas en condiciones de movilidad humana; y por otro lado, crea sentencias que son restrictivas en derechos de ese mismo grupo poblacional.

El trabajo se limita, por la extensión del documento, al análisis de las sentencias, dejando de lado el estudio de las políticas públicas, y parte de la normativa recientemente expedida en la Ley Orgánica de Movilidad Humana. Próximos trabajos de investigación pueden versar sobre esos temas.

Capítulo uno

Movilidad humana

Este capítulo tiene por objetivo detallar las circunstancias actuales de la movilidad humana en el contexto global y regional, abordándolo como un fenómeno complejo y multicausal, para ello se exponen las cifras de los flujos de migrantes emitidos por organismos internacionales encargados de esa materia. Con ello se pretende introducir aspectos generales sobre la migración para dimensionar y posteriormente conceptualizar la movilidad humana como una categoría general que encierra los diferentes tipos de movilidad. Este capítulo también da cuenta de los sistemas de gobernanza de la movilidad humana, partiendo desde la perspectiva sec

uritista del Estado hasta el enfoque de derechos humanos.

1. La movilidad humana, un proceso complejo y multicausal.

La movilidad humana se asocia a un proceso complejo por el que pasan las personas, desde que tienen el deseo o necesidad de salir de su lugar de origen, la salida, el traslado, el ingreso, el asentamiento, la integración y el retorno de ser posible. En ese proceso participan varios actores y las dinámicas en cada tipo de movilidad es distinta.

En el proceso de movilidad humana tienen un papel decisivo los Estados de origen, tránsito y destino migratorio, pues dado el actual momento de globalización, un mismo Estado puede tener simultáneamente las tres características. Ecuador, por ejemplo, hoy por hoy es considerado como un país de origen, tránsito y destino migratorio.

Este fenómeno tan complejo es además multicausal; en ello radica la diversa tipología de la movilidad, que a su vez debería verse reflejada en la formulación de políticas públicas diferenciadas, pues en unos y otros casos se ven afectados determinados derechos.

En un mundo globalizado la movilidad humana responde a múltiples factores, tales como las guerras, la violencia sistemática, las crisis políticas y económicas graves, las hambrunas, el cambio climático, la búsqueda de oportunidades y otros factores humanos o naturales. Estos son algunas de las razones que ocasionan que cada día se movilen en el mundo cientos de miles de personas. Se asocia a dos fuerzas antagónicas que afectan los flujos migratorios, a saber: el debilitamiento de las fronteras por la mezcla de culturas, tradiciones y prácticas económicas; y, consolidación de barreras en las fronteras para impedir el paso de los extranjeros no deseados, asegurar el orden y la seguridad local.⁴

En preciso señalar que los flujos migratorios dependen del lugar que ocupan las potencias económicas en el plano internacional. La división entre países desarrollados y subdesarrollados marca los hitos de la migración a través de la historia. Así por

⁴ Para un análisis detallado sobre flujos migratorios, véase: Carolina Stefoni, *Inmigrantes transnacionales: la formación de comunidades y la transformación en ciudadanos* (Chile: FLACSO, 2004), 2, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Chile/flacso-cl/20120914100858/artstef.pdf>

ejemplo, las potencias ganadoras de la Segunda Guerra Mundial, en especial Estados Unidos, buscaron configurar un escenario a través del Plan Marshall para consagrarse a sí mismo como los centros de la economía global, a los que debían dirigirse las materias primas de las periferias y, por consiguiente, la mano de obra a través de oleadas de migración. Para lograr su objetivo Estados Unidos implementó una lucha contra el nacionalismo económico industrializador de los países de Latinoamérica.⁵

Por ello existe una relación estrecha entre migración, desempleo y pobreza. En la medida en que los niveles de desempleo y pobreza se acentúan las migraciones aumentan, dando como resultado poblaciones enteras expulsadas de sus países por las necesidades apremiantes de medios de subsistencia, en parte, a la desigualdad del orden mundial:

[...] las 500 personas más ricas del mundo reúnen más ingresos que los 416 millones de personas más pobres. El 40% de la población mundial sólo logra el 5% de los ingresos totales, mientras el 10% más rico reúne el 54%. Unos 460 millones de personas de 18 países –principalmente de África y de la antigua Unión Soviética– han empeorado su nivel de vida respecto a comienzos de la década de los años noventa. Cada día mueren 30.000 niños por causas evitables.⁶

En el caso de América, según la Comisión IDH las personas migran “por la violencia generada por actores estatales y no estatales, los conflictos armados, la desigualdad, la pobreza, la falta de garantía de derechos económicos, sociales y culturales, la inestabilidad política, la corrupción, así como la inseguridad, diversas formas de discriminación, desastres naturales y el impacto del cambio climático.”⁷

En consecuencia, los migrantes ven en las sociedades de destino “mejores niveles de violencia y criminalidad, mayor estabilidad política, reunificación familiar, mayores posibilidades para acceder a empleo o educación, mayor acceso a servicios, condiciones climáticas más favorables, entre otros.”⁸ En ese contexto, la movilidad, puede traer aparejadas nuevas oportunidades para las personas que migran y sus comunidades de origen.

⁵ John Saxe-Fernández, “Migración forzada en México y diseño económico/geopolítico de posguerra”, en *Crisis económica y migración: ¿impactos temporales o estructurales?*, coord. Ana María Aragonés (México: UNAM/ Instituto de Investigaciones Económicas, 2014), 19-60.

⁶ Pisarello, “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, 15.

⁷ CIDH, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, 31 de diciembre de 2015, párr. 4, OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/15, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

⁸ *Ibíd.*, párr. 4.

Si bien es cierto, las desigualdades económicas constituyen un factor importante causante de la migración, ellas no son las únicas. Las desigualdades pueden expresarse también en los ámbitos social, político y cultural, y aceleran los flujos migratorios de sociedades en desarrollo o subdesarrolladas a sociedades con altos niveles de desarrollo; de sociedades democráticas a sociedades que reconocen derechos básicos.

Desde un enfoque que considere integralmente el desarrollo de los países emisores y receptores de migración se puede afirmar que las migraciones son capaces de generar efectos positivos como negativos. En efecto, la migración puede resultar beneficiosa y perjudicial para los países. Los Estados emisores de migrantes pueden verse beneficiados económicamente (v. gr. mediante ingentes remesas), y al mismo tiempo gravemente perjudicados en otras dimensiones de la vida social, por la desintegración familiar.

Debido a ello es que el hecho migratorio ha adquirido una complejidad notable, de tal forma que afecta todas las dimensiones de la realidad económica, social, política y cultural⁹ de las personas y los Estados. Este proceso se acelera a pasos agigantados debido a la globalización que permite la *multidireccionalidad* de destinos y el *transnacionalismo* de los flujos migratorios.

Al mismo tiempo, las condiciones en las que migran las personas los ponen en condición de vulnerabilidad exponiéndolos a graves violaciones de derechos humanos; especialmente en lo que se relaciona a la migración forzada, por las precarias condiciones en las que viajan, y al mismo tiempo, por constituir el objetivo de la delincuencia organizada y transnacional.

En Latinoamérica, por ejemplo, en la segunda mitad del siglo XX existía un ambiente de violencia, descomposición social y desempleo crónico que impulsó el gran desalojo de sujetos sociales, obligados a dejar sus sociedades de origen, para acceder a condiciones precarias de trabajo en las sociedades de destino.

Además, la guerra contra el narcotráfico protagonizada por Estados Unidos:

[...] dejó, entre 2006 y 2012, más de 60 mil muertos y cerca de 300 mil desplazados, la mayor parte en el campo. Y si se añaden las víctimas de homicidios dolosos, la cifra aumenta a cerca de 90 mil, lo que significa que en algo más de un lustro los afectados

⁹Juan Lacomba, “¿Por qué nos preocupan las migraciones? Las migraciones como factor de desarrollo”, en *Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección*, ed. Nicole Pérez Ruales y Alex Valle Franco (Quito: Ministerio de Derechos Humanos y Cultos, 2009), 339.

indirectos de este tipo de violencia son del orden de 360 mil, entre ellos unas 24 mil viudas y cerca de 50 mil huérfanos.¹⁰

En esos escenarios, existe una relación directa entre la irregularidad/ ilegalidad y vulneración de derechos por las condiciones de vida precarias en las que tienen que permanecer los migrantes; aunque ello signifique apoyo al modelo económico de los países receptores y a su estado de bienestar. Su forma de vida se caracteriza por ausencia del goce de los derechos sociales, mientras se niega de condiciones de vida digna, se limita también derechos civiles o políticos, por la interdependencia de los derechos.

La situación se agrava cuando los migrantes son personas que pertenecen a los grupos vulnerables en razón de su origen, etnia o género, sobre los que la discriminación y explotación es recurrente¹¹. En esos contextos, es posible la configuración de un tipo de discriminación compuesta e interseccional. Es decir, cuando migran grupos de mujeres o niños, además de discriminarlos por su condición de género y edad, son discriminados por la movilidad irregular en la que se encuentran.

Asimismo, el análisis de la movilidad humana desde la óptica de la mundialización requiere cuestionar los postulados del Estado nación, para dejar de concebirlo como una construcción completa y acabada, sino más bien como algo imaginario, en el que tienen sentido un espacio imaginado que incluye a varios Estados nación y que se denomina transnacionalismo. En ese escenario juega un papel importante la ciudadanía transnacional y universal como corolario de los derechos humanos de los migrantes.¹²

Ello permite criticar la paradoja existe en la política internacional: mientras se establecen políticas de apertura de los mercados, la libre circulación de capital, se imponen restricciones a la libre movilidad de las personas. Esto obedece a una lógica de mercado, toda vez que los países receptores aprovechan la mano de obra clandestina para producir más sin tener que brindar prestaciones sociales, situación altamente preocupante que precariza el trabajo del migrante hasta reducirlo a un sub-empleo carente de derechos laborales y discriminatorio, ante el cual los Estados deben hacer

¹⁰ Armando Bartra, "El derecho a quedarse", en *Crisis económica y migración: ¿impactos temporales o estructurales?*, coord. Ana María Aragonés (México: UNAM/ Instituto de Investigaciones Económicas, 2014), 63.

¹¹ Cristina Blanco, "El inmigrante como sujeto marginado. Claves interpretativas", en *Racismo, antirracismo e inmigración*, coord. Pedro Albite (España: Tercera Prensa, 1995), 31.

¹² Cristina Escobar, "Migración y derechos ciudadanos: el caso mexicano", en *El país transnacional. Migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, coord. Marina Ariza y Alejandro Portes (México: UNAM/ Instituto de Investigaciones Sociales, 2005), 231-274.

frente, a través de políticas públicas y cambios legislativos que respondan a dicha realidad y evitar así más vulneraciones de derechos de las personas en movilidad.

La movilidad humana actualmente se encuentra ante algunas tendencias que modifican el flujo de migrantes. Así, se habla de globalización de la migración, la dirección cambiante de los flujos migratorios, la diferenciación de la migración, la transición migratoria, feminización de la migración laboral, y la politización de la migración, entre otras.

2. El hecho migratorio

El hecho migratorio está relacionado con el flujo de migrantes y la población de personas en movilidad en los Estados emisores, de tránsito y receptores de migrantes.¹³ Es decir, se puede hacer una lectura de la migración a nivel global, repasando las cifras de los flujos de migrantes de un país a otro, o de una región a otra, o por el reconocimiento de la interacción entre grupos de personas provenientes de sociedades de origen que residen en sociedades de destino.

Se puede identificar como personas en movilidad humana a todas aquellas involucradas en los diferentes tipos de movilidad reconocidos por los organismos internacionales. Para contextualizar la movilidad humana a nivel mundial, se describirán algunas cifras que permitirán dimensionar la naturaleza y estado de situación de este hecho.

En el año 2015 se reportó la existencia de 244 millones de personas a nivel mundial en calidad de migrantes internacionales, que representaron el 3.3% de la población mundial,¹⁴ aunque el porcentaje se ha mantenido estable, la cifra ha aumentado en comparación con los últimos censos.¹⁵

¹³Stephen Castles, Hein de Haas, Mark Miller, *The age of migration: international population movements in the modern world* (England: Palgrave Macmillan, 2014), 14.

¹⁴ Según la Organización Internacional para las Migraciones —en adelante OIM—, la cifra de migrantes internacionales podría alcanzar los 405 millones de personas en 2050. Véase: ONU, “Trends in international migration”, *Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población*, diciembre de 2015, núm. 4, <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/populationfacts/docs/MigrationPopFacts20154.pdf>

¹⁵ ONU, “Trends in international migration”, 1. En 1990 eran 154 millones, en 2000 eran 175 millones, y en 2010 eran 214 millones de personas en calidad de migrantes internacionales.

El 26% del total de migrantes internacionales se encuentran en América, alrededor de unos 63 millones, de los cuales 54 millones están ubicados en Estados Unidos y Canadá, mientras que en América Latina y el Caribe existen 9 millones.¹⁶

En relación a la edad, el 72% de la migración internacional oscila entre los 20 y 64 años de edad, el 15% entre los 0 y 19 años, mientras que el restante 12% comprende a personas de 65 años o más.¹⁷ La media de los migrantes internacionales es de 39 años.¹⁸

Con respecto al sexo, el 52% del total de migrantes internacionales son hombres, mientras que, el 48% restante son mujeres. En algunos continentes el porcentaje de mujeres es mayor que el de los hombres, así por ejemplo, en Europa suman el 52.4%, en América del Norte, el 51.2%.¹⁹

La población de migrantes internacionales puede entenderse por la situación de la movilidad humana en los países emisores, de tránsito y receptores de migrantes. El principal destino de los migrantes internacionales es Estados Unidos.²⁰ Mientras México es un país de emigración con cerca de 12 millones de personas, esto significa que cerca del 10% de la población del país son migrantes internacionales; además tiene un corredor migratorio con el flujo más grande a nivel mundial, debido a que por su territorio transitan personas que tienen como destino Estados Unidos, provenientes de países de Centroamérica, América del Sur, Caribe, incluso de África y Asia.²¹ Por su parte, Latinoamérica y el Caribe poseen alrededor de 37 millones de personas viviendo fuera de sus países.²²

Por otro lado, ACNUR registró para el 2014 cerca de 3.5 millones de personas que se encontraban en situación de apatridia, aunque estima que la cifra no es verosímil

¹⁶ *Ibíd.*, 1.

¹⁷ *Ibíd.*, 2.

¹⁸ Para revisar datos del número de desplazados forzosamente puede revisar: ACNUR, “Tendencias globales 2014: mundo en guerra”, *Agencia de la ONU para los Refugiados*, diciembre de 2015, 2, http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10_072.

¹⁹ ONU, “Trends in international migration”, 2.

²⁰ Para 2015 existían en ese país alrededor de 47 millones de migrantes, lo que significa que alberga alrededor del 20% de los migrantes a nivel mundial, de los cuales 11.3 millones de migrantes se encontraban en situación irregular. Para revisar cifras concretas sobre el número de inmigrantes en Estados Unidos, véase: Jeffrey S. Passel y D’VeraCohn, *Overall number of U. S. unauthorized immigrants holds steady since 2009* (Washington D. C.: PewResearch Center, 2015), 16-21.

²¹ CIDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, 30 de diciembre de 2013, párr. 54, OEA/Ser.L/V/II.Doc.48/13, <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf>.

²² ONU, “Trends in international migration”, 3.

y que el número puede alcanzar los 10 millones.²³ En América, República Dominicana reporta el 99% de los casos de apatridia, con al menos 210.000 casos para finales de 2014.²⁴ La situación de apatridia en muchos de los casos se debe a la migración forzada que como consecuencia hace posible el nacimiento de niños sin que sean registrados como ciudadanos de un determinado país.²⁵

El mismo organismo internacional estimó que en 2014 existían alrededor de 19.5 millones de refugiados a nivel mundial,²⁶ de los cuales los niños representaban un 50%²⁷. Los Estados de la OEA en 2014, acogían a:

509.291 refugiados, 259.712 personas en situación similar a la de los refugiados y 237.052 solicitantes de asilo tenían sus casos pendientes de resolución en cualquier fase del procedimiento de asilo” Mientras que “209.678 refugiados, 258.148 personas en situación similar a la de los refugiados y 104.820 solicitantes de asilo provenían de Estados miembros de la OEA”.²⁸

Además, el hecho migratorio se manifiesta en la migración interna y los desplazados internos. La cifra de migrantes dentro de sus propios países asciende a 740 millones de personas.²⁹ Una proporción importante de la migración interna la conforman los desplazados internos: para ACNUR, hasta 2014 existían unos 38.2 millones de personas desplazados por cuestiones de conflicto o violencia; en América, la cifra asciende a 7 millones.³⁰

Colombia presenta el número más alto en la región de desplazados internos con alrededor de 6 millones de personas, a finales de 2014.³¹ Aunque también existen poblaciones de desplazados en países como El Salvador, Guatemala, Honduras, México,

²³ ACNUR, “Tendencias globales 2013: el coste humano de la guerra” *Agencia de la ONU para los Refugiados*, 20 de junio de 2014, 2, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9562>.

²⁴ *Ibíd.*, 44.

²⁵ *Ibíd.*, 2. Por ejemplo, ACNUR manifiesta que cerca del 20% de refugiados en los últimos 5 años se encontraban en situación de apatridia.

²⁶ *Ibíd.*, 28.

²⁷ *Ibíd.*, 3.

²⁸ *Ibíd.*, 44.

²⁹ OIM, *Global migration trends: An overview*, 2014, 3, http://missingmigrants.iom.int/sites/default/files/documents/Global_Migration_Trends_PDF_FinalVH_with%20References.pdf

³⁰ Norwegian Refugee Council Internal Displacement Monitoring Centre, “Global overview 2015: people internally displaced by conflict y violence”, *Internal Displacement Monitoring Centre*, 2015, 16, <http://www.internal-displacement.org/assets/library/Media/201505-Global-Overview-2015/20150506-global-overview-2015-en.pdf>

³¹ *Ibíd.*, 16.

y Perú.³² Los desplazamientos se producen por el conflicto armado, el crimen organizado, los proyectos de desarrollo³³, el cambio climático y desastres naturales.

Por ello, la migración puede producirse y reproducirse a través de la conformación de flujos migratorios a nivel mundial, en los que confluyen diferentes grupos humanos que se insertan en diferentes lógicas de movilidad humana.

Cabe mencionar que los flujos migratorios se han configurado por la “desigual integración capitalista global”, es decir, los migrantes salen de países en desarrollo confiados en las mejores condiciones de vida —salarios, tecnología, educación— de los países desarrollados. Por ello, la existencia de flujos migratorios a nivel global ha despertado la preocupación de organizaciones sociales quienes han presionado a los Estados y a los organismos internacionales para la promoción de políticas migratorias enfocadas en los derechos en la movilidad humana.

2.1. La situación de la migración en España, Estados Unidos y América Latina.

El hecho migratorio en Europa ha ido cambiando con los años. España ha dejado de ser un país de emisión de migrantes, para convertirse en un país de recepción de migrantes, provenientes especialmente de América Latina. En este acápite se expondrán las cifras en las que oscila el fenómeno migratorio en Europa.

A inicios del siglo XXI cerca de 16 millones de habitantes en la Unión Europea vivían solos o de forma estable con su familia, lo que significa que dependían del capital social, cultural, laboral de los países pobres o sub desarrollados para mantener su estabilidad³⁴. Ello permitió el incremento acelerado de la inmigración hacia esos países.

España reconoció el fenómeno de la inmigración a principios del siglo XXI, durante:

³² *Ibíd.*, 16.

³³ CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 31 de diciembre de 2013, párr. 533, OEA/Ser.L/V/II, <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/justicia-verdad-reparacion-es.pdf>

³⁴ Gerardo Pisarello, “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, *Vniversitas*, n.º.110, (2005): 55, <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14674>.

[...] el primer quinquenio de este siglo XXI, al 1 de enero del año 2000 los residentes extranjeros en España eran 0.9 millones (que representaban 2.3 %m de las personas empadronadas) al 1 de enero de 2005 ya eran 3.7 millones, es decir, 8.5 por ciento de la población residente en el país, habiéndose por tanto cuadruplicado el efectivo de extranjeros en tan sólo cinco años.³⁵

Como consecuencia, se ubicó en el tercer lugar de países emisores de remesas por detrás de Estados Unidos y Arabia Saudita, enviando un total de 8.135 millones de euros en un año.³⁶

El crecimiento de los flujos de migración hacia España se debe al acelerado crecimiento de su economía en los años de 1995 a 2007, pues creció a un ritmo de 3.5% anual el PIB, mientras que el resto de Europa en un 2.4%.³⁷ Esto dio lugar a la creación de más de 6 millones de puestos de trabajo, en sectores como la construcción, servicio doméstico, cuidado de personas dependientes, hostelería, comercio, agricultura intensiva, horticultura y recogida de frutas y verduras. Los migrantes jugaron un papel importante en el crecimiento económico del PIB español.³⁸

No obstante, la economía española entró en crisis, especialmente el sector de la construcción, afectando los bancos y las cajas de ahorros. Ello trajo consigo el aumento de la tasa de desempleo de los propios españoles y de los migrantes. Para el 2013, se habían perdido casi 3 millones de puestos de trabajo en la construcción³⁹. En ese contexto, los patrones migratorios han cambiado, aumentándose los índices de emigración y retorno de los migrantes a sus países de origen.

Adicionalmente, existe una gran cantidad de migrantes que se encuentran en situación de irregularidad, debido a que no cuentan con los documentos que los regularizan. En España “hacia finales de 2004 la población extranjera no comunitaria con autorización para residir dentro del territorio español ascendía a unas 1.305.041

³⁵Lucila Godínez Montoya, Esther Figueroa Hernández y Francisco Pérez Soto, “Nueva reconfiguración de la inmigración internacional: el caso de España”, en *Hitos Demográficos del Siglo XXI: Migración Internacional*, ed. Juan Gabino González Becerril, Bernardino Jaciel Montoya Arce y Adán Barreto Villanueva (Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México/CLACSO, 2014), 14.

³⁶Joaquín Arango, “Después del gran boom: la inmigración en la bisagra del cambio”, en *La inmigración en tiempos de crisis. Anuario de la Inmigración en España*, ed. Eliseo Aja, Joaquín Arango, Josep Oliver (Barcelona: Cidob Ediciones, 2009), 52-73.

³⁷RamonMahía y Rafael Del Arce, “Impacto de la crisis laboral sobre la población inmigrante”, *Real Instituto Elcano*, n° 21 (2010): 3, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/f91c0c8041353aec9656f66d616c2160/ARI212010_crisis_laboral_poblacion_inmigrante.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f91c0c8041353aec9656f66d616c2160

³⁸DirkGodenau, “El papel de la inmigración en la economía española”, *Observatorio de Divulgación Financiera*, septiembre de 2012, <https://www.iefweb.org/es/finanzas/visordocumentospdf/29>

³⁹España Instituto Nacional de Estadística, “Encuesta de Población Activa (EPA) para el primer trimestre de 2013”, *Instituto Nacional de Estadística*, 25 de abril de 2013, 3, <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0113.pdf>

personas. Asimismo, se calculaba que alrededor de 1.000.000 de inmigrantes no comunitarios se encontraban, desde el punto de vista administrativo, en situación de irregularidad.”⁴⁰

Para el 2016, la inmigración aumento un 21.9% respecto al año anterior, por su parte, la emigración descendió un 4.6%. Es decir emigraron 241.795 personas e inmigraron 354.461.⁴¹

En el caso de Estados Unidos, a diferencia de años atrás, actualmente estamos presenciando un fenómeno de migración inversa, debido a que los países desarrollados capitalistas se convierten en emisores de migrantes calificados quienes van a países menos desarrollados a cuidar el capital en riesgo: los recursos naturales ubicados en los países menos desarrollados y periféricos.

No obstante, tradicionalmente la migración en general se ha desarrollado bajo diferentes flujos migratorios hacia Estados Unidos, a saber (i) los migrantes legales e ilegales que provienen de México, (ii) los migrantes centroamericanos y caribeños.⁴²

Sin embargo, los flujos se han reducido debido a las leyes antinmigrantes que ocasionan *el efecto Arizona*.⁴³ Actualmente, algunos investigadores argumentan que los flujos se han reducido a consecuencia de la reducción de los mercados laborales, las leyes antinmigración que aumenta los controles fronterizos y las deportaciones, entre otras.⁴⁴

Además, actualmente las políticas antinmigrantes están en el seno del Estado tras la elección del presidente Trump, quien apoya la reforma migratoria para reducir el

⁴⁰Pisarello, “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, 16.

⁴¹ España Instituto Nacional de Estadística, “Cifras de Población a 1 de enero de 2017: Estadística de Migraciones 2016”, *Instituto Nacional de Estadística*, 29 de junio de 2017, 1, http://www.ine.es/prensa/cp_2017_p.pdf.

⁴² Ramiro Morales Hernández, “Globalización y emigración latinoamericana y caribeña a Estados Unidos”, en *Hitos Demográficos del Siglo XXI: Migración Internacional*, ed. Juan Gabino González Becerril, Bernardino Jaciel Montoya Arce y Adán Barreto Villanueva (Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México/CLACSO, 2014), 38.

⁴³ La ley SB 1070 del estado de Arizona de 2010 obliga a los extranjeros llevar sus documentos en todo momento, toda vez que la policía está autorizada a detener a las personas que estén bajo sospechas de ser indocumentadas. Constituye delito el que los migrantes indocumentados pidan trabajo. Esta ley permitió la promulgación de leyes iguales en otros Estados como Tennessee (28 de junio de 2010), Indiana (10 de mayo de 2011), Georgia (13 de mayo de 2011), Alabama (2 de junio de 2011), Carolina del Sur (27 de junio de 2011). Véase Alex Munguía Salazar, *La política migratoria en los Estados Unidos* (Puebla: Piso 15 Editores, 2015), 203, http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/work/sites/fdcs/resources/PDFContent/1386/Libro%20DIG%20%20La%20pol%C3%ADtica%20migratoria%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf

⁴⁴ Passel y Cohn, “Overall number of U. S. unauthorized immigrant holds steady since 2009”, 5-8.

número de inmigrantes en Estados Unidos. Ello se evidencia en la revocatoria del Estatus de Protección Temporal (TPS) que tenían algunos ciudadanos de otros Estados.

En el caso de Latinoamérica, la movilidad humana presenta cuatro patrones, a saber:

[...] la inmigración de ultramar, principalmente desde el sur de Europa y en menor medida desde el cercano Oriente y Asia; la migración intrarregional, que tiene fundamentalmente un carácter histórico alimentado por factores estructurales — desigualdades de desarrollo económico y social— y coyunturales; la migración extra regional hacia Estados Unidos, que es en la actualidad el principal destino de latinoamericanos y caribeños y la migración extrarregional hacia nuevos destinos no continentales, fundamentalmente España y Japón.⁴⁵

Esto evidencia que la región ha pasado de ser una región de inmigración para convertirse en una región de emigración, es decir, de ser una región de destino de migrantes a una región de emisión de migrantes.⁴⁶ En ese escenario, la población de América del Sur ha mantenido flujos de migración reproducidos por la desigual distribución de la actividad económica en la región, la pobreza en las zonas menos desarrolladas, las crisis políticas, económicas y militares, la globalización, entre otras.⁴⁷

El destino mayormente frecuentado de los latinoamericanos es España, invadido por un proceso de internacionalización de la migración, en la que no solo emigran obreros y campesinos sino técnicos, profesionales y profesores,⁴⁸ en parte debido a la flexibilidad que presenta la legislación española con los migrantes, implementada gracias al acelerado proceso de envejecimiento de los españoles nacidos y la baja tasa de natalidad. Además se firman convenios internacionales entre países latinoamericanos y España sobre obtención de la nacionalidad, renovación y permiso de residencia, y los convenios de doble nacionalidad.⁴⁹ Se reconoce, por ejemplo, el proceso de regularización del año 2005:

[...] de manera que, entre 1998 y 2008, se incrementó el número de latinoamericanos con permiso de residencia (Personas procedentes de todos los países latinoamericanos) al pasar de 130.203 latinoamericanos a 1.333.886; es decir, de 18 a 30 por ciento, destacando que en la mayoría de los casos, se han duplicado e incluso triplicado el

⁴⁵Morales, “Globalización y emigración latinoamericana y caribeña a Estados Unidos”, 38.

⁴⁶Canales, “Los inmigrantes latinoamericanos en Estados Unidos: inserción laboral con exclusión social”, 81-116.

⁴⁷ Laura Tedesco, “Latinoamericanos en España: de la integración al retorno”, en *Inmigración latinoamericana en España*, ed. Anna Ayuso y Gemma Pinyol (Barcelona: Bellarera, 2010), 119-125.

⁴⁸ *Ibíd.*, 130.

⁴⁹Aurora García, Beatriz Jiménez, y Ángela Redondo, “La inmigración latinoamericana en España en el siglo XXI”, *Investigaciones Geográficas*, n.º. 70 (2009): 55-70, <http://www.scielo.org.mx/pdf/igeo/n70/n70a4.pdf>.

número de efectivos, hecho en el que las reagrupaciones familiares han tenido mucha importancia.⁵⁰

En España, a principios de los noventa, primaban los migrantes provenientes de Argentina, Chile y Uruguay; a partir de la primera década del siglo XXI primaban los de Colombia y Ecuador.

Por otra parte, en Latinoamérica existe un flujo intrarregional de migración por la movilidad dentro del continente, desde países en deficientes condiciones de desarrollo, hacia otros más desarrollados.⁵¹

La migración intrarregional es principalmente una migración forzada debido a la expulsión y el desplazamiento de personas del territorio colombiano producto del conflicto armado existente. Colombia para el 2009 presentaba las tasas más altas de desplazamiento interno, de 15,6 millones de personas atendidas por ACNUR, 3.3 millones fueron de Colombia, 2.1 millones del Congo, y 9 de Somalia.⁵² Eso se debe a la duración en el tiempo y la distribución en el territorio que ha tenido el conflicto colombiano. En la primera década del siglo XXI, Colombia representaba después de Afganistán e Irak, uno de los principales lugares de origen de refugiados.⁵³

Frente a los migrantes forzados de Colombia, Ecuador se constituye como un país de destino de los refugiados. Durante los años de 2000 a 2006 “cerca de 45.000 personas solicitaron refugio y, de estas, alrededor de 13.448 fueron aceptadas; sin embargo, ACNUR calcula que alrededor de 250.000 colombianos con necesidad de protección se encuentran en ese país”.⁵⁴

Dentro de América Latina, Ecuador ha participado en la conformación de los flujos de migrantes. Se conoce que en la década de 1990 participó como un país de emisión de migrantes, enviándolos a Estados Unidos y Europa principalmente. En la primera década del siglo XXI se presencia un cambio en la política migratoria, siendo

⁵⁰Godínez, Figueroa y Pérez, “Nueva reconfiguración de la inmigración internacional: el caso de España”, 20.

⁵¹Iván González y Hilda Sánchez, “Migraciones en América Latina y el Caribe”, *Dialnet*, n°. 129 (2002): 114-121, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oairt>.

⁵² ACNUR, “Tendencias Globales (2009). Refugiados, solicitantes de asilo, retornados, desplazados internos y apátridas”, *Agencia de la ONU para Refugiados*, 2010, 10, http://www.acnur.org/media/docs/tendencias_globales_2009_ACNUR.pdf.

⁵³ACNUR, *Balance de la política pública para la atención del desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: Sáenz & Cía., 2002), 17, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8963.pdf?view=1>

⁵⁴Marta Inés Villa, “Desplazados y refugiados: entre ser, merecer y ocultar su situación. A propósito de la migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá”, en *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*, ed. BelaFeldman Bianco et al. (Quito: FLACSO, 2011), 346.

especialmente, un país de destino de migrantes provenientes de país vecinos afectados por crisis económicas y sociales, así como por sus políticas de retorno migratorio.

3. Los estudios de movilidad humana

Los estudios sobre movilidad humana se han desarrollado en las últimas décadas. Los primeros estudios sobre migración, enfocados en la concepción del Estado nación, centraban su análisis sobre la “asimilación efectiva” o “integración nacional”⁵⁵, cuyos estudios asumían que los migrantes tenían que integrarse a las sociedades de destino. Estos han sido básicamente provenientes de los países receptores o de destino de migrantes.

Mientras que los trabajos actuales sobre la migración contemporánea acentúan su análisis sobre otras variables, en las que toman en cuenta el contexto en el que los migrantes se desenvuelven. De esa forma, han surgido estudios con enfoques económicos, sociológicos e incluso políticos. Por ejemplo, se habla ahora de la feminización de migración, la estructura de la familia de migrantes, el impacto de las remesas, el uso de nuevas tecnologías de información y comunicación, entre otros.

Estos estudios adquieren especial relevancia dado el proceso de mundialización de las migraciones internacionales, toda vez que todos los países participan en ellas, y los migrantes van de un país a otro, diversificando las rutas y las conexiones entre sociedades de origen y de destino, debido a las redes de comunicación y la transformación de los medios de transporte. Esto se denomina la nueva era de las migraciones internacionales⁵⁶.

Algunos estudios sobre migraciones internacionales construyen sus marcos teóricos a partir de la teoría del sistema mundo de Wallerstein, para determinar la acción del Estado y la interdependencia con otros Estados.⁵⁷ Otras investigaciones hacen énfasis en el transnacionalismo para exponer la dimensión política del fenómeno migratorio, el diseño de las políticas y sus consecuencias en el contexto económico y

⁵⁵Gimena Perret, “Migración, internet y política: lucha por derechos políticos transnacionales y formas de organización de los chilenos residentes en Argentina” (tesis Doctoral, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2012), 87, [http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/iigg-uba/20150825011324/TesisDoc Perret.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/iigg-uba/20150825011324/TesisDoc%20Perret.pdf)

⁵⁶Castles et al., “The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World”, 16.

⁵⁷Christopher Mitchell, “International Migration, International Relations and Foreign Policy”, *International Migration Review*, vol. 23, n° 3 (1989): 681-708.

político mundial.⁵⁸ Algunas perspectivas se relacionan con el neorrealismo que busca la seguridad y estabilidad nacional de los Estados en el diseño de las políticas migratorias, dejando de lado los procesos de carácter transnacional.

A través de la teoría de la interdependencia se trata de explicar los discursos y políticas migratorias en los escenarios de negociación y cooperación, donde tiene especial relevancia la gobernabilidad migratoria, mediante la cual se pueden explicar y analizar los discursos y políticas de sectores hegemónicos en los ámbitos de discusión internacionales y regionales, y su adopción en países periféricos como los de Latinoamérica que busca la inclusión de actores del sistema internacional y de los Estados, ampliando el marco de discusión hacia asuntos internos y externos de los Estados.⁵⁹

Por otro lado, a través de la teoría de la dependencia se trata de explicar la relación entre centros y periferias, en las que existen países dominantes ubicados en el centro, de los que dependen países de la periferia, incluso para el establecimiento de la gobernanza de la migración internacional. Se argumenta que en el orden mundial actual se favorece la movilidad de mercancías pero se limita la movilidad humana.

Pese a la gran cantidad de teorías desarrolladas, no se ha identificado una teoría comprensiva de la migración. “En la actualidad, no existe una teoría única y coherente de la migración internacional, sino un conjunto fragmentado de teorías que se han desarrollado en gran medida aisladas unas de otras, a veces pero no siempre segmentadas por límites disciplinarios.”⁶⁰

En adelante, se expondrán las principales ideas de algunas teorías que permiten entender el fenómeno migratorio.

⁵⁸Ana María López, “Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria”, *Scielo*, vol 3, n° 5 (2005): 179-184.

⁵⁹Para una explicación detallada de la teoría de la interdependencia véase Joseph Nye, *La naturaleza cambiante del poder norteamericano* (Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1991).

⁶⁰ Douglas Massey et al., “Theories of International Migration: a Review and Appraisal”, *Population and Development Review*, vol. 19, n°. 3 (1993): 432, DOI: 10.2307/2938462.

a. La nueva economía de la migración y la nueva economía de la migración laboral

La nueva economía de la migración fue propuesta por Oded Stark. Para esta teoría es necesario analizar los contextos de relaciones económicas de las familias de las que provienen los migrantes, junto a ello analizar los riesgos de los mercados, dado que son cuestiones que caracterizan la emigración en los países emisores de migrantes.⁶¹

La decisión de migrar proviene de la familia, no es una decisión puramente individual. Por ello se afirma que:

[...] una gran entidad -la familia- es muy a menudo la unidad de toma de decisiones efectiva. Tomando nota de la existencia e intensidad de las interacciones que habitualmente ocurren entre un migrante y su familia que permanece detrás (por ejemplo, las remesas) apoya la opinión de que el papel de la familia en la migración no familiar es mucho más importante de lo que comúnmente se supone.⁶²

En ese sentido, la migración de un miembro de la familia, reduce el riesgo familiar en contextos en los que los ingresos familiares no satisfacen las necesidades básicas, buscando la "independencia individual a la interdependencia mutua". Visto así, la migración se convierte en una estrategia calculada.⁶³

Para los autores que siguen la teoría de la nueva economía de la migración laboral, la principal razón de la migración laboral es la falla de los mercados locales. El principal desafío para gobiernos de países emisores de migrantes es corregirla. Por eso, la migración es maximizar los ingresos y minimizar los riesgos a través de la diversificación.

Los estudios de estas teorías buscan encontrar la relación entre los migrantes, el envío de remesas y las posibilidades de desarrollo en los países de emigrantes. La nueva economía de la migración laboral da cuenta de la importancia de la migración para diversificar la fuente de ingresos y superar los factores de riesgo en los mercados locales.

⁶¹ Jeronimo Cortina y Enrique Ochoa, ed. *New Perspectives on International Migration and Development* (Columbia: Columbia University Press, 2013).

⁶² Massey et al., "Theories of International Migration: a Review and Appraisal", 439.

⁶³ *Ibíd.*, 440.

b. Mercado de trabajo segmentado o teoría dual del mercado de trabajo

Estas teorías analizan el mercado de trabajo en los países de destino de migrantes. Según esta teoría el trabajo se divide en dos sectores, primario y secundario. Los migrantes están habilitados para el sector secundario del mercado de trabajo, en tanto que el sector primario está reservado para los nacionales de los países de migración. En ese contexto, el sector primario se caracteriza por salarios altos, beneficios laborales, estabilidad, seguridad; mientras que, el sector secundario está relacionado con salarios bajos, beneficios mínimos, despidos constantes y periodos de desempleo probables.

Estas teorías afirman que la migración se produce por la demanda de trabajadores migrantes, antes que la oferta existente. Puesto que la atracción de mano de obra de nativos es más costosa y perjudicial para empleadores que atraer migrantes que aceptan salarios bajos.⁶⁴

Los migrantes aceptan esas condiciones porque los salarios que son bajos en los países de destino, en comparación con los países emisores son relativamente altos; y por otro lado, se ven a sí mismos como miembros excluidos de las sociedades donde laboran. Además los migrantes adquieren prestigio y un estatus significativo en las sociedades de origen, es decir, que "los inmigrantes empiezan como beneficiarios objetivos, tratando de ganar dinero para una meta específica que mejorará su estatus o bienestar, construyendo una casa, pagando la escuela, comprando tierras, adquiriendo bienes de consumo".⁶⁵

c. Red de migración, migración de cadena y teorías de sistemas de migración

Estas teorías se alejan del análisis económico para enfocarse en un análisis sociológico. Para la teoría de redes de migración, la misma es "un proceso inherentemente social organizado a través de redes forjadas a partir de las conexiones

⁶⁴ Massey et al. "Theories of International Migration: A Review and Appraisal", 441.

⁶⁵ *Ibíd.*, 442.

interpersonales cotidianas que caracterizan a todos los grupos humanos" En ese contexto las redes son los "conjuntos de vínculos interpersonales que conectan a migrantes, ex migrantes y no inmigrantes en áreas de origen y destino a través de lazos de parentesco, amistad y origen comunal compartido".⁶⁶

Esta teoría puede explicar algunas de las causas para la expansión del número de migrantes. A través de las redes, los nuevos migrantes reducen los costos de migración, adquieren posibilidades de empleo, reduciendo las probabilidades de deportación. Las redes de migrantes generan un efecto demostrativo, toda vez que inspiran a los nuevos migrantes a iniciar un proceso de migración.

Para la teoría de redes de migración, las relaciones familiares y de amistad, se convierten en una especie de capital social⁶⁷ para los nuevos migrantes "sobre el que pueden basarse para comenzar una carrera migrante". De allí, que se afirme que "una vez que el número de conexiones de red en un área de origen alcanza un umbral crítico, la migración se auto perpetúa porque cada acto de migración mismo crea la estructura social necesaria para sostenerla".⁶⁸

Las redes de migración dan lugar a lo que se conoce como migración en cadena. Las redes y cadenas de migración dan lugar a sistemas migratorios que "se caracterizan por intercambios relativamente intensos de bienes, capital y personas entre ciertos países e intercambios menos intensos entre otros".⁶⁹ Esto da lugar a vínculos, que incluyen flujos de personas, bienes, información, ideas y servicios.

d. Migración transnacional

En 1990 se empezó a llamar a determinada forma de vida de los migrantes como transnacionalismo, que ha influido en las relaciones entre migrantes a nivel mundial, catalogándose como un nuevo campo de estudio. Esto debido a que "la migración transnacional es el proceso mediante el cual los inmigrantes forjan y sostienen

⁶⁶Ibid., 444.

⁶⁷El capital social es entendido desde la sociología como la forma de colaboración social entre grupos humanos, debido a la interacción entre las personas que los conforman. Véase Pierre Bourdieu y Loïc Wacquant, *Respuestas por una antropología reflexiva* (México: Grijalbo, 1995)

⁶⁸ Massey, et al. "Theories of International Migration: A Review and Appraisal", 449.

⁶⁹Ibid., 449.

relaciones sociales multilíneas simultáneas que enlazan sus sociedades de origen y asentamiento".⁷⁰

En ese contexto, los transmigrantes se diferencian de otros migrantes porque “se mueven de un lugar a otro y desarrollan su espacio social de la vida cotidiana, sus trayectorias de trabajo y proyectos biográficos en esta nueva y emergente configuración de prácticas sociales, símbolos y artefactos que abarca diferentes lugares”.⁷¹ Esto se debe en parte a las transformaciones de las tecnologías de la comunicación e información, y los medios de transporte.

El transnacionalismo es posible gracias a las innovaciones tecnológicas y redes a través del espacio. Las tecnologías y el transporte han permitido que los migrantes tengan "múltiples localidades" y "múltiples identidades", dando lugar a que "los impactos del transnacionalismo se identifican en la práctica -en la vida cotidiana de los migrantes- en vez de, como suele suceder, sólo en teoría".⁷²

Otro concepto teórico importante es la construcción de los espacios sociales transnacionales. Éstos son “marcos pluri-locales de referencia que estructuran las prácticas cotidianas, las posiciones sociales, los proyectos biográficos de empleo y las identidades humanas y que, simultáneamente, existen más allá de los contextos sociales de las sociedades nacionales.”⁷³

Los espacios sociales transnacionales se caracterizan por las relaciones entre los grupos humanos e instituciones del Estado de destino, el Estado emisor y el grupo migratorio que pueden ser migrantes, refugiados o minorías étnicas.

Estas teorías han desarrollado ideas que permiten comprender el fenómeno de la migración, especialmente por los factores económicos y sociológicos en los que se configura. Es evidente que la labor de los gobiernos y de los organismos internacionales deben tomar en cuenta esos factores al momento de dictar una política sobre migración que tenga enfoque en derechos humanos y no en la lógica securitista tradicional.

El reto es ampliar los estudios sobre la migración desde el enfoque de derechos humanos, y con ello estudiar el papel que juega el derecho al momento de entender y gobernar el fenómeno de la movilidad humana a través del desarrollo de marcos de regulación nacional e internacional; al interno de los Estados, por la promulgación de

⁷⁰ Nina Glick Schiller, Linda Basch, Cristina Blanc Szanton, *Transnationalism: A New Analytic Framework for Understanding Migration* (New York: Annals New York Academy Sciences, 1992), 1-24.

⁷¹ *Ibíd.*, 9.

⁷² *Ibíd.*, 10.

⁷³ *Ibíd.*, 13.

nueva normativa que regula la movilidad humana y la interpretación que de ella hacen los jueces; y a nivel internacional por el trabajo de los Estados en la consecución de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales.

4. Gobernanza de la movilidad humana

La gobernanza de la movilidad humana supone la regulación de la migración por parte de los Estados y de los organismos internacionales a través de políticas, normas, decisiones y prácticas. Los Estados en su afán de promover una forma de gobernanza de la migración han afectado los derechos humanos de los migrantes y sus familiares, generando un corpus iuris para regular el movimiento de personas que en la mayoría de los casos son contradictorios en relación a los sistemas de protección de derechos humanos a nivel universal y regional.

Debido a ello, la Comisión Mundial de Migraciones Internacionales ha mencionado que “hay una urgente necesidad de llenar el vacío que existe actualmente entre los principios que se encuentran en el marco jurídico y normativo que afecta a los migrantes internacionales y la forma en que la legislación, políticas y prácticas se interpretan e implementan a nivel nacional”.⁷⁴

En relación a los países de América, la CIDH menciona que el abordaje de la regulación de la migración está realizada desde un enfoque de seguridad nacional y la necesidad de contención de los flujos de migración, sin que se visualice un enfoque de derechos humanos. Ello ha dado como resultado que los derechos de las personas en contextos de movilidad humana sean gravemente afectados, toda vez que los Estados desconocen las obligaciones internacionales que deben cumplir en relación a la población migrante, debido principalmente a que sus normas internas sobre movilidad se contradicen con los tratados internacionales de derechos humanos.

Se observa que varios estados han propuesto políticas migratorias centradas en

a) la externalización del control migratorio; b) la securitización de las fronteras; c) la criminalización de los migrantes, en particular de migrantes en situación irregular a

⁷⁴ ONU Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales, “Migration in an Interconnected World: New Directions for Action”, *Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales*, octubre de 2005, 15, párr. 22, <https://www.unitar.org/ny/sites/unitar.org.ny/files/GCIM%20Report%20%20PDF%20of%20complete%20report.pdf>

través del uso generalizado de la detención migratoria y de deportaciones sumarias; d) limitar el acceso a procedimientos de protección internacional, en particular al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiados.⁷⁵

Asimismo, la agenda pública de los Estados no ha observado la condición de discriminación y violencia a la que están expuestas las mujeres migrantes.⁷⁶

Al respecto de la migración forzada, los Estados tienden a usar prácticas enfocadas en el control migratorio con la utilización de la detención migratoria y de procedimientos de deportación sumaria. No obstante, estos procedimientos no han reducido los flujos migratorios. La CIDH menciona que “en diversos países de América los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados suelen ser puestos de manera automática y generalizada bajo detención migratoria, sin que haya un análisis individualizado respecto de la necesidad de la aplicación de dicha medida”.⁷⁷

Manifiesta que en la región existe “la ausencia de marcos jurídicos en los que expresamente se establezca la prohibición de detener a personas solicitantes de asilo y refugiadas, la ausencia de alternativas o medidas de liberación oportunas y adecuadas, e inadecuado, insuficiente o inexistente acceso a centros de detención para monitoreo e identificación de solicitantes de asilo en la región.”⁷⁸

En ese contexto, el grado en el que la migración puede alcanzar valoraciones positivas en el discurso estándar, depende del tipo de gobernanza del sistema migratorio. La Comisión Mundial sobre la Migración Internacional ha señalado que en la gobernanza de la migración puede darse a través de varios enfoques, tales como políticas públicas, programas de los países, acuerdos entre Estados, foros internacionales, actividades de organismos internacionales, legislación e instrumentos internacionales.

Esto de conformidad a la libre determinación de cada Estado, pero con sujeción a la obligación del respeto a los derechos del migrante para aquellos países obligados jurídicamente a ello.

Para las voces críticas⁷⁹, la gobernanza de la migración, tal como es promovida actualmente, resulta inadmisibles, puesto que es manejada por los países desarrollados y

⁷⁵ CIDH, “Movilidad humana. Estándares interamericanos”, 16, párr. 14.

⁷⁶ CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, 9 de diciembre de 2011, párr. 307, OEA/Ser.L/V/II, <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

⁷⁷ CIDH, “Movilidad humana. Estándares interamericanos”, 27, párr. 49.

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 49.

⁷⁹ Mary Estupiñan, “Acerca de la gobernanza y la gestión migratoria. Crítica del papel de la OIM en el gobierno de la migración internacional y regional”, 12.

receptores de migración, desde un enfoque que reduce la movilidad humana a factores económicos y de seguridad. En este sentido, se ha señalado que las premisas de dicha gobernanza se aplican de forma sesgada en favor de los países que controlan los flujos migratorios.⁸⁰ Adicionalmente, las visiones de la gobernanza se basarían en fundamentos utilitarios y no en las premisas de los derechos humanos que promueven una visión holística de la movilidad humana.

Tanto en la gobernanza de la migración como en el estudio del fenómeno tiene particular interés la construcción del sujeto migrante. Los estudios sobre migración han girado en torno al *nacionalismo metodológico*,⁸¹ usado por las ciencias sociales para fundamentar la relación entre nación, Estado y sociedad como la imagen del mundo moderno, y con ello la negación de la diversidad étnica de las poblaciones migrantes, debido a posiciones racistas.⁸²

Asimismo, organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, y otros organismos regionales no han logrado una verdadera comunicación entre países emisores y receptores para el análisis del hecho migratorio.⁸³ Desde principios del siglo XXI se realizaron varias reuniones internacionales enfocadas en evaluar la migración, y la concerniente creación de una política migratoria, aunque no se ha logrado consolidar.

Aunque, se ha conseguido una serie de reivindicaciones sociales en favor de los migrantes a través de diversas instituciones y organizaciones de migrantes. Entre las principales demandas están el derecho al voto en el exterior, representación política, la doble nacionalidad, entre otros. Esto se debe quizá al papel central que tiene la movilidad humana en el ámbito político, a raíz de la conferencia internacional sobre migración internacional convocada por la OCDE en 1986.

Eso dio lugar a la adopción de la Convención de 1990 sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias por la Asamblea General de las Naciones

⁸⁰Juan 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*, ed. Nicole Pérez Ruales y Alex Valle Franco (Quito: Ministerio de Derechos Humanos y Cultos, 2009), 193.

⁸¹El nacionalismo metodológico es una teoría que tiene como marco teórico el Estado nación, y ha sido usada para estudiar las migraciones internacionales. Apoya el control de las migraciones a través del cierre de las fronteras. Véase Ramón Llopis, “El nacionalismo metodológico como obstáculo en la investigación sociológica sobre migraciones internacionales”, *Empiria Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, n° 13 (2007): 101-17, <http://revistas.uned.es/index.php/empiria/article/view/1161/1066>.

⁸²Andreas Wimmer y Nina Glick Schiller, “Methodological nationalism and beyond: nation-state building, migration and the social sciences”, *Global Networks*, No. 4 (2002), 302.

⁸³Miriam Rodríguez Martínez, “Migración y política. Particularidades del proceso migratorio cubano dentro de América Latina”, en *Las migraciones en América Latina*, compilado por Susana Novick (Buenos Aires: Catálogos/CLACSO, 2008), 196.

Unidas, y puso en relieve las tensiones y diferencias mundiales en torno a la migración internacional. Los países de inmigración se negaron a firmar la Convención y no entró en vigor sino hasta 2003. En octubre de 2012, sólo 46 de los 193 estados de la ONU habían ratificado la Convención, prácticamente todos ellos países de emigración.

Existen organismos internacionales con tareas concretas como el ACNUR para los refugiados y el Buró Internacional del Trabajo (OIT) para los trabajadores migrantes, pero ninguna institución con responsabilidad global para la cooperación mundial y el control de la protección de los derechos de los migrantes. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) tiene un mandato más amplio, pero no es un órgano de las Naciones Unidas y carece de la capacidad para lograr cambios significativos. La cuestión clave es la falta de voluntad de los países importadores de mano de obra para hacer cumplir los derechos de los migrantes y adoptar regímenes de inmigración más liberales que puedan mejorar la vida y los resultados de los migrantes en los países de origen.

En 2003, tras una consulta con el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, se creó una Comisión Mundial sobre Migración Internacional (GCIM), compuesta por destacadas personas asesoradas por expertos en migración. Su informe del año 2005 hizo hincapié en los beneficios potenciales de la migración para el desarrollo. La Asamblea General de las Naciones Unidas celebró su primer Diálogo de Alto Nivel sobre Migración Internacional y Desarrollo en 2006. El informe del Secretario General sobre esta reunión recomendó un foro para que los Estados miembros de las Naciones Unidas debatan cuestiones de migración y desarrollo. El Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo (GMFD) se ha reunido anualmente, aunque su papel ha sido meramente consultivo y es difícil ver resultados concretos del diálogo.

El Grupo sobre los Derechos Humanos de los Migrantes Irregulares de las Naciones Unidas (en adelante UN), consciente de los riesgos y potencialidades de la movilidad humana, ha señalado que “proteger los derechos humanos no es solamente una obligación legal; es también un asunto de interés público, intrínsecamente ligado al desarrollo humano”⁸⁴, es decir, tutelar adecuadamente los derechos de los migrantes no debe responder a una mera obligación positiva, contemplada en un tratado internacional, Constitución o Ley, ni debe ser entendida como responsabilidad dada solo al Gobierno

⁸⁴ ONU Global Migration Group, “Statement of the Global Migration Group on the Human Rights of Migrants in Irregular Situation”, *Global Migration Group*, 30 de septiembre de 2010, 1-2, <http://www.globalmigrationgroup.org/system/files/uploads/news/GMG%20Joint%20Statement%20Adopted%2030%20Sept%202010.pdf>

de turno, sino que es un deber que nos compete a todas las personas que formamos parte de un Estado.

Tal como se ha revisado el fenómeno migratorio continúa aumentando, y la mayoría de los Estados han preferido adoptar una posición de gobernabilidad de la migración enfocada en la doctrina de cerrar las fronteras en atención al discurso de la seguridad nacional. No obstante, ha dado como resultado que aumente la migración irregular y la vulneración de derechos de las personas en movilidad humana incrementalmente, mientras que la ineficacia de los órganos y tratados internacionales para paliar esos daños se hace evidente.

En el contexto descrito, el uso de la categoría “movilidad humana” para enfocar todas las categorías migratorias existentes, permite concretar el enfoque de derechos humanos en la migración, toda vez que a nivel internacional, los tratados sobre migración están dispersos. En el caso ecuatoriano, ello sucedió antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Movilidad Humana en el año 2017, con la Constitución de 2008 que ya recogía el concepto holístico de movilidad humana.

5. El concepto de movilidad humana

En esta investigación se utilizará la categoría movilidad humana para referirnos “en una sola idea a todas las formas de movimientos de personas, como el refugio, la migración internacional, la movilidad forzada por delitos transnacionales (trata de personas), movilidad en el marco de sistemas de integración, entre otras”.⁸⁵

En adelante, se desarrolla la necesidad de tratar integralmente el fenómeno de la migración, los tipos de movilidad humana que existen, la relación que existe entre movilidad humana y los principios de ciudadanía universal y libre movilidad de personas, el proceso de movilidad humana, y la concepción existente en la Constitución de 2008.

⁸⁵ OIM, “Módulo de capacitación para una gestión fronteriza integral que garantice los derechos humanos de las personas en movilidad y combata la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, *Organización Internacional para las Migraciones*, marzo de 2012, 17, http://www.oimperu.org/oim_site/documentos/Modulos_Fronteras_Seguras/Modulo2.pdf

a. **Integralidad del concepto movilidad humana**

En un contexto global de alta movilidad, las distinciones que refieren a la movilidad “voluntaria, forzada, regular, irregular, temporal, permanente,” etc., pueden ser usadas por los Estados para restringir los derechos de las personas migrantes, y aunque resultan importantes para diferenciar el tipo de protección que corresponde a cada grupo o persona migrante, es más idóneo proponer una definición holística de personas en movilidad humana, en búsqueda de la protección especial de todas las personas, independientemente de su estatus migratorio o de los motivos de la migración. Como se verá más adelante, algunas de las distinciones que se utilizan comúnmente respecto de las personas migrantes, pueden resultar arbitrarias y alejadas de los estándares de derechos humanos.

La utilización de la categoría movilidad humana es adecuada, en tanto que “existe un creciente reconocimiento de que la proliferación de categorías migratorias oscurece en lugar de iluminar los procesos que subyacen a la decisión de trasladarse, con efectos potencialmente perjudiciales para la formulación de políticas”.⁸⁶

Así, la movilidad humana se refiere a cualquier traslado de personas desde sociedades de origen hasta sociedades de destino, por lapsos cortos o largos. Esto no significa que todas las migraciones tengan las mismas lógicas, se diferencian unas de otras, pero todas ellas deben recibir una protección efectiva por parte de los Estados.

Es decir que la movilidad humana, como concepto relativamente nuevo, abarca cualquier movimiento de las personas que realizan para establecerse en un lugar diferente del que nacieron. Por ello, se afirma que la movilidad humana corresponde al ejercicio del derecho a la libre circulación que tienen las personas, y por lo cual, merece protección, respeto y garantía.⁸⁷

Esto significa la superación de las definiciones tradicionales de migración, para reconocer la movilidad humana como un proceso en el que deben respetarse los derechos humanos. En este sentido, se reconoce ese derecho a todas las personas que se encuentren en situación de movilidad. Esto porque la movilidad humana es un hecho propio del ser humano que ha estado presente desde la antigüedad.

⁸⁶ ONU United Nations Development Programme, “Human Development Report: Overcoming barriers: Human mobility and development”, *United Nations Development Programme*, 17 de noviembre de 2009, 12, http://www.un.org/en/development/desa/population/events/pdf/8/UNDP_OHDR_Klugmann.pdf

⁸⁷OIM, “Módulo de capacitación para una gestión fronteriza integral que garantice los derechos humanos de las personas en movilidad y combata la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, 18.

b. Tipos de movilidad humana

Pese a la conjunción de los diferentes procesos migratorios dentro de la movilidad humana, es importante reconocer los tipos de movilidad, debido a que cada uno posee causas y consecuencias distintas, por lo que merece un tratamiento distinto por parte del Estado que, en último caso, puede traducirse en una diferencia de trato jurídico. Esto obedece a la necesidad de identificar a los sujetos de derecho involucrados en cada tipo de movilidad y proteger los derechos asociados a su condición migratoria.

En la siguiente Tabla se presentan los diferentes tipos de movilidad humana:

Tabla 1
Tipos de movilidad

Tipología	Descripción
Por el territorio	Existe la movilidad internacional e interna. La primera cuando existe el cruce de fronteras, la segunda cuando es dentro de un mismo Estado.
Por las causas de movilidad	Depende de las causas que inspiraron la movilidad: migración, refugio y asilo, desplazamiento forzado, trata de personas y tráfico de migrantes, causas ambientales. Se reconoce la no exclusividad de estas categorías, toda vez que aparecen nuevas paulatinamente.
Por la dirección	Depende de la salida o del ingreso de las personas en el lugar de origen o de destino. Sirve para medir los flujos de entrada y salida de migrantes.
Por el tiempo de permanencia	La movilidad puede ser temporal, permanente o circular.
Por la dimensión territorial del marco jurídico que la regula	Puede ser nacional, binacional, comunitaria e internacional. O incluso puede existir movilidad que incluye varios niveles de gestión.
Por la voluntariedad	Existe la movilidad voluntaria o libre, obligatoria y forzada.
Por la condición documentaria.	Se distingue la movilidad regular o irregular.

Fuente: OIM, *Módulo de capacitación para una gestión fronteriza integral que garantice los derechos humanos de las personas en movilidad y combata la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes*, 2012.

Elaborado por OIM (2012).

Las categorías que muestra la Tabla no son exclusivas, y no significa que una persona este inserta en un solo tipo de movilidad, debido a que puede involucrarse en varios de ellos al mismo tiempo.

Así, la movilidad humana abarca la migración internacional y la migración interna. La primera se refiere al cruce de las fronteras por parte de las personas o grupo de personas, para establecerse en un periodo de tiempo o de manera permanente en otro país que no es su nacional. En esos casos la situación económica de quienes migran no es la causa primordial. La segunda se refiere al traslado dentro de país del que es nacional, de un lugar a otro, para establecerse de forma temporal o permanente. Se toman en cuenta el movimiento de personas desde la zona rural a la zona urbana de las ciudades.

La migración internacional o interna puede darse de forma voluntaria o forzada. Es voluntaria cuando la persona migra sin coacciones de ninguna clase. Es forzada cuando se configuran situaciones que obligan a la persona a migrar, tales como el peligro para su vida, integridad o libertad, persecución, conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos, desastres naturales o provocados por el ser humano, trata de personas.

La migración forzada incluye a las personas que son desplazadas o buscan refugio en otros Estados, mediante dinámicas migratorias que coexisten a nivel mundial, que acentúa su análisis sobre los derechos y la exclusión social que sufren los migrantes. Esta migración es producto de la necesidad imperativa para protegerse de los conflictos armados, o de razones humanitarias que hacen que las personas huyan de sus lugares de origen o residencia. Los refugiados, por ejemplo, son considerados sujetos de protección internacional, debido a su condición de vulnerabilidad.

Sobre este tipo de migración no existe consenso sobre las formas de percibir el fenómeno y las respuestas que deben dar las instituciones de las sociedades de origen y de destino, incluso sobre la identificación de los propios sujetos migrantes. Debido a ello, la migración forzada ha sido definida como un campo social de relaciones moldeadas de forma histórica en contextos específicos como resultado de la interacción de actores y sujetos que pertenecen a sistemas y relaciones de poder.⁸⁸ Por ejemplo, a lo largo del tiempo se ha ido ampliando la decisión de refugiado para proteger a más personas.

⁸⁸ Para un análisis del campo social de las migraciones, véase Pierre Bourdieu y Lois Wacquant, *Respuestas por una antropología reflexiva* (México: Grijalbo, 1995), 63, https://antropologiauatx.files.wordpress.com/2015/07/bourdieu_-respuestas-por-una-antropologia-reflexiva-pierre-bourdieu1.pdf

Así también, la movilidad humana es un derecho de las personas en situaciones de desplazamiento forzoso⁸⁹—sea este interno o internacional—. Entre las causas más frecuentes de desplazamiento, se encuentran: catástrofes o desastres naturales, (conflictos sociopolíticos y culturales, criminalidad y narcotráfico, tráfico y trata de personas, despojo de medios de producción y subsistencia, exclusión social, desempleo estructural, pobreza, y sobre calificación laboral relativa, refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos por conflicto armado.⁹⁰ En esos escenarios, los sujetos de migración forzada ven vulnerados sus derechos al encontrar obstáculos para incorporarse a los programas de asistencia humanitaria y a las sociedades de destino, debido a la falta de acceso a información, trabas burocráticas, precarización de las condiciones de vida, estigma social por ser refugiado o desplazado.

Se reconoce dentro de la movilidad humana categorías denominadas como migrantes regulares e irregulares, dependiendo de la documentación que posean en el país de destino. Por lo general, en la mayoría de los casos la migración forzada da lugar a migrantes irregulares. Así por ejemplo, las migraciones irregulares se conforman:

[...] para describir diversos fenómenos de personas que ingresan o permanecen en un país del cual no son ciudadanos, violando las leyes nacionales. El término se aplica a los migrantes que ingresan o permanecen en un país sin autorización, a los solicitantes de asilo rechazados que no respetan un orden de expulsión y a las personas que evaden los controles migratorios mediante matrimonios no consumados o de conveniencia.⁹¹

Se incluyen también dentro del concepto de movilidad humana las personas que son víctimas de trata y de tráfico de migrantes. Una persona es víctima de trata de personas cuando ha sufrido:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.⁹²

⁸⁹Marta Inés Villa, “Desplazados y refugiados: entre ser, merecer y ocultar su situación. A propósito de la migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá”, 348.

⁹⁰Humberto Márquez y Raúl Delgado Wise, “Una perspectiva del Sur sobre capital global, migración forzada y desarrollo alternativo”, *Migración y desarrollo*, vol. 9, n° 16 (2011): 3-42, <http://www.scielo.org.mx/pdf/myd/v9n16/v9n16a1.pdf>

⁹¹ONU, “Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar: Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales”, *Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales*, octubre de 2005, 34, [www.gcim.org/mm/File/spanich.\(1\).pdf](http://www.gcim.org/mm/File/spanich.(1).pdf)

⁹² ONU Asamblea General, *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, 15 de noviembre de 2000, art. 3, Res. No. 492-06.

Mientras que el tráfico de personas se produce cuando existe: “Facilitación de la entrada irregular de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.⁹³

Las dos conductas han sido reconocidas como ilícitos penales, y tratan de proteger a los migrantes, especialmente en situaciones de migración irregular, objetivo de la delincuencia transnacional.

Así también, la movilidad humana se reconoce dentro de los procesos de integración en los que se incorporan facilidades para que las personas puedan trasladarse de un lugar a otro. En aquellos casos, las personas pueden obtener permisos de residencia, o adquirir la capacidad de ingresar sin visa a un determinado Estado. Estos procesos suceden dentro de organismos interestatales o como convenios bilaterales entre Estados.

Dentro de los tipos de movilidad se involucran personas que deben recibir una atención especial, debido a sus condiciones de vulnerabilidad. Entre ellos están las personas refugiadas y solicitantes de asilo, víctimas de trata de personas, los niños y niñas, mujeres, personas en condiciones de pobreza extrema, la migración irregular. Esto grupos de personas merecen un trato especial por parte del Estado, que tenga como referencia los derechos humanos en orden a los tratados internacionales que los protegen.

c. La ciudadanía universal y la libre movilidad de personas

La movilidad humana se relaciona con dos principios que son centrales al momento de analizar las circunstancias de las personas en contextos de movilidad, estos son la ciudadanía universal y la libre movilidad de las personas.

La discusión sobre la ciudadanía universal nace a raíz de las evidentes consecuencias de la globalización. Las personas tienen la necesidad de movilizarse de un territorio a otros. Esta discusión propone pasar de la concepción de una ciudadanía en sinonimia con la nacionalidad, en la que los derechos humanos se garantizan

⁹³ ONU Asamblea General, *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 15 de diciembre de 2000, Res No. 54/129

únicamente a los nacionales del Estado. La ciudadanía universal propone la diferenciación con la nacionalidad, para exigir la preocupación de los Estados para garantizar a todas las personas los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.⁹⁴

En ese sentido, la ciudadanía universal se asocia al discurso de los derechos humanos, y obliga a que los Estados adopten una posición de respeto y garantía a todas las personas, independientemente si son nacionales o extranjeros. Sus postulados nacen de las nociones de multiculturalismo y el cosmopolitismo, que asume que el mundo se compone de personas que provienen de una pluralidad de orígenes con creencias y tradiciones diferentes pero que pueden coexistir en un mismo territorio.

La ciudadanía universal se relaciona estrechamente con el principio de la libre movilidad de las personas, toda vez que otorga derechos y obligaciones a las personas que se movilizan de forma libre, sin restricciones.

La libre movilidad de las personas se vincula directamente con el derecho a la libre circulación reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este derecho contiene la facultad que tiene una persona para desplazarse libremente por el territorio de un Estado, para entrar y salir de éste, y escoger libremente su lugar de residencia.

Este derecho paulatinamente se va materializando a través de varios instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, regionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tratados bilaterales entre Estados que promueven la libre circulación de sus nacionales en otros Estados.

⁹⁴Véase María Barrionuevo, “El reconocimiento de la ciudadanía universal en la constitución de la república del Ecuador, tratados y convenios internacionales frente al derecho a la libre movilidad y progresividad de los derechos” (tesis de grado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato, 2017), 27.

Capítulo dos

Estándares de derechos humanos sobre movilidad humana

Los problemas derivados de la movilidad humana a nivel internacional incentivaron a los protagonistas de la agenda internacional a diseñar instrumentos que reconocieran los derechos en la movilidad humana mediante la implementación de estándares internacionales, entendidos como pronunciamientos de órganos internacionales de protección de derechos humanos contemplados en el derecho internacional, los cuales trazan los lineamientos, estrategias y mecanismos que analizar la migración desde un enfoque de derechos humanos, y además en varias ocasiones amplían el campo de tutela de las personas en movilidad humana en los Estados.

En este apartado, se abordarán los estándares que vertebran la protección internacional de las personas en situación de movilidad. Se trata de principios generales y específicos, así como de medidas especiales para determinadas personas y grupos en situación de movilidad que guían la elaboración de normativa y políticas públicas de los Estados. Para ello, se revisarán los estándares en el sistema universal de derechos humanos, para luego, dirigir el análisis a los estándares desarrollados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, concretamente en la jurisprudencia de la Corte IDH.

1. La movilidad humana en el sistema universal de derechos humanos

El sistema universal de derechos humanos se ha desarrollado a partir del trabajo realizado por los órganos de Naciones Unidas, con el impulso del movimiento internacional de derechos humanos.⁹⁵ Esto ha dado lugar a un marco amplio y poco articulado de fuentes jurídicas que no coinciden plenamente entre sí. En el plano de los derechos de movilidad numerosos instrumentos conforman dicho marco de fuentes jurídicas. En la tabla 1, se ordenan dichos instrumentos.

⁹⁵ONU, *El sistema de tratados de la Organización de las Naciones Unidas*, Folleto Informativo No. 30, 2012, 4-20, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf

Tabla 2

Instrumentos de derecho internacional que protegen la movilidad humana

Declaraciones y Convenciones de Derechos	Año de promulgación
Declaración Universal de Derechos Humanos	1948
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	1966
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	1966
Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	1955
Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer	1979
Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes	1984
Convención de los Derechos del Niño	1989
Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias	1990
Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidades	2006
Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra el Desplazamiento Forzado	2006
Convenios de la OIT	
Convenio C029 sobre Trabajo Forzado	1939
Convenio C100 sobre Remuneración Equitativa	1951
Convenio C105 para la Abolición del Trabajo Forzado	1957
Convenio C111 sobre Discriminación en el Empleo y la Ocupación	1958
Convenio C138 sobre la Edad Mínima	1973
Convenio C181 sobre Agencias Privadas de Empleo	1997
Convenio C182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil	1999
Convenio C189 sobre Trabajadores Domésticos	2011
Convenio C097 Migración y Empleo	1947
Convenio C143 Migración en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y Tratamiento a los Trabajos Migrantes	1951
Instrumentos sobre personas refugiadas	
Convención sobre el Estatuto de Refugiados	1951
Protocolo a la Convención sobre el Estatuto de Refugiados	1967
Convención sobre el Estatuto de los Apátridas	1961
Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional	2000
Instrumentos de relevancia general para la migración	
Convención de Relaciones Consulares	1963
Convención Internacional para Salvar Vidas en el Mar	1979
Convención Internacional de Búsqueda Marítima y Rescate	1979

Convención sobre el Derecho el Mar	1982
Estatuto de Roma	1998

Fuente: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2011)

Elaboración propia

Las fuentes citadas refieren a una gran cantidad de compromisos internacionales que han sido asumidos por la mayor cantidad de Estados, ya sea mediante la ratificación de los tratados o mediante la aceptación del derecho consuetudinario de carácter perentorio⁹⁶ (v. gr. la prohibición de tortura).

Por lo antes indicado, se revisaran los principales estándares de aquellos instrumentos que han sido desarrollados por el Sistema Universal de Derechos Humanos en lo concerniente a la movilidad de manera más favorable. Esto en razón de que la CRE, que será analizada más adelante, remite a este tipo de instrumentos.

Los migrantes en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) son entendidos ante todo como seres humanos, convirtiéndolos en sujetos de especial atención y protección por parte de los Estados⁹⁷, pues la tutela de derechos ya no obedece solamente a una nacionalidad o ciudadanía sino al hecho de ser humano. Esta Declaración marcó un precedente para todos los países que la suscribieron por cuanto busca alcanzar la igualdad universal entre todas las personas sin importar sus características individuales (como es el caso de la nacionalidad). La DUDH establece obligaciones a los Estados miembros para que su normativa interna se adecúe a las disposiciones que se encuentran desarrolladas en este instrumento, permitiendo que las personas puedan ejercitar a plenitud sus derechos. En el caso de la movilidad humana, los Estados miembros deberán aplicar medidas que organicen el aparato gubernamental de tal manera que garanticen el respeto de los derechos humanos.⁹⁸

De igual manera, el aporte sustancial de esta Declaración en cuanto al derecho a la movilidad humana se encuentra desarrollado en los artículos 13 y 14, principios fundamentales para la protección de la movilidad humana. En el artículo 13 dispone que: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”; es decir, constituye la libertad de desplazarse por el territorio

⁹⁶ Nos referimos al derecho consuetudinario para nombrar al derecho internacional de refugiados.

⁹⁷ ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, art. 2, Resolución de la Asamblea General 217va.

⁹⁸OIM, “Módulo de capacitación para una gestión fronteriza integral que garantice los derechos humanos de las personas en movilidad y combata la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, 100-1.

de un Estado, sin restricción ilegítima alguna, independientemente del estatus migratorio en el que se encuentre la persona⁹⁹. Por lo tanto, el derecho a la libre circulación constituye el cimiento para ejercer el derecho a la movilidad humana.

En concordancia con el artículo antes descrito, encontramos en la DUDH la disposición del artículo 13, que en lo principal señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”, disposición que guarda relación directa con el derecho a la libre circulación, ya que como se ha señalado anteriormente, la movilidad humana responde a varios factores, que pueden ser voluntarios o forzados, cuyo fin puede ser mejorar la calidad de vida de la persona, o salvaguardar su integridad por la existencia de riesgos inminentes que atenten contra el ejercicio de estos u otros derechos. Ello tiene su razón de ser, pues el país donde nace la persona debe ser el primero en brindarle la acogida y protección, sin poder en ningún caso restringirle el ingreso al país.

De igual forma, en su artículo 14 establece que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”, lo cual constituye un derecho fundamental que permite a las personas movilizarse a otros países a fin de ser acogidos para salvaguardar sus derechos. Generalmente del derecho al asilo suele solicitarse por persecuciones de carácter político.¹⁰⁰

En síntesis, la Declaración Universal de Derechos Humanos, garantiza la libertad de movimiento dentro del territorio estatal, y la oportunidad de salir de dicho territorio hacia otros países, sin más límites que los establecidos soberanamente por cada Estado; todo ello, sin perjuicio del derecho de asilo y refugio en cualquier país en casos de persecución.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), garantiza sin discriminación los derechos de los ciudadanos y extranjeros en un país firmante del Convenio. Excepcionalmente, reserva a los ciudadanos el derecho a votar, y el derecho a ser parte de los asuntos públicos.¹⁰¹ En los demás casos, garantiza todos los derechos a cualquier persona que se encuentre legalmente en un país que haya firmado el Pacto. Esto incluye, el derecho a circular libremente, ser tratado con

⁹⁹ Ecuador Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 134.

¹⁰⁰ Por ejemplo, el asilo político ha sido otorgado en algunas ocasiones a personajes con cargos políticos en Ecuador, concretamente cuando se derrocaban presidentes, normalmente solicitaban asilo en otros países porque consideraban que su integridad estaba en peligro dentro del Estado.

¹⁰¹ ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 19 de diciembre de 1966, art. 25, Resolución 2200 A (XXI).

igualdad, tener derecho a la reunificación familiar, etc. Lo anterior no quiere decir que las personas que se encuentran en situación irregular puedan sufrir la conculcación de sus derechos, sino solamente las medidas legales de control migratorio.

Adicionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) contiene obligaciones positivas para que los Estados garanticen derechos sociales a las personas, a diferencia del PIDCP que solamente refiere a derechos civiles y políticos.

En el Comentario General No. 15 el Comité de Derechos Humanos (órgano de monitoreo del PIDCP), señala que el PIDCP prohíbe todo tipo de discriminación en contra de los extranjeros que residen legalmente en un país. Y aunque reconoce que el Convenio ampara solamente a las personas que se encuentran en situación regular¹⁰², en ningún caso justifica expulsiones arbitrarias, conforme al artículo 13 del Convenio. Adicional a ello, el PIDCP reconoce la importancia de la protección a los familiares de migrantes, ya que entiende que la familia constituye elemento natural y fundamental de la sociedad, ello apegado a una adecuada protección integral del migrante, entendiendo aspectos tan sensibles como la familia y su importancia para el desarrollo integral del ser humano.

Adicionalmente, en el sistema internacional encontramos algunas denominaciones de grupos de tratados que buscan la protección de las personas en movilidad, tal es el caso del derecho de refugiados, el derecho de apátridas, entre otros. Tal normativa internacional está dispersa, y se encuentra recogida en diferentes tratados, incluso algunos han sido producto del derecho consuetudinario como el derecho internacional de refugiados.

Aquella normativa, recoge los derechos de las diferentes categorías migratorias, y en algunos casos han sido interpretadas por la Corte IDH o han servido como base para el reconocimiento de derechos dentro del contexto ecuatoriano.

1.2. Derecho Internacional de los Apátridas

Se entiende por el término “apátrida”, a la inexistencia de vínculo entre una persona y el Estado; es decir, es una persona que no goza de nacionalidad ni protección

¹⁰² ONU Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 1986, párr. 9, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf?view=1>

alguna por parte de un país. Por ello, el derecho a la nacionalidad ha sido estipulado en diversos instrumentos internacionales para amparar a muchas personas que no contaban con nacionalidad alguna, quedando en situación de vulnerabilidad.¹⁰³

La condición de apátrida se puede generar por dos situaciones, la primera es la negativa de un Estado para reconocer a una persona como sujeto de derechos y obligaciones, y la segunda es la renuncia voluntaria del sujeto a su nacionalidad sin adquirir una nueva¹⁰⁴. Una persona en condición de apatridia pierde el vínculo con cualquier Estado, no pudiendo reclamarse como nacional de ninguno, y con ello su vulnerabilidad aumenta considerablemente, toda vez que no tiene a quien exigir la garantía y respeto de sus derechos.

Los derechos de los apátridas están protegidos principalmente por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para reducir los casos de apatridia, ambos creados con el fin de persuadir a los Estados a crear mecanismos adecuados y eficaces que garanticen el reconocimiento de la nacionalidad a toda persona que no goza de este derecho.

Estas Convenciones se caracterizan por establecer los parámetros que deben aplicarse a las personas que no poseen nacionalidad. Asimismo, contiene las “normas para conceder o no privar de la nacionalidad solamente si la persona en cuestión pudiera convertirse en apátrida”. Es decir, se tratan de instrumentos que exigen a los Estados la adopción de medidas que eviten la apatridia, máxima si se considera que esta condición pone en riesgo el ejercicio de numerosos derechos, al ser la nacionalidad un requisito para obtener protección en todos los Estados.

En el caso de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, fue adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York en el año de 1954 y conmina a los Estados miembros a conferir a los apátridas que se encuentran legalmente en su territorio, que confieran el mismo trato y respeto de los derechos que tendría cualquier extranjero dentro de su país.¹⁰⁵

Por otro lado, la Convención para reducir los casos de apatridia surge con el afán de disminuir los futuros casos que se podrían suscitar, pues en esta Convención se establecen los lineamientos para otorgar la nacionalidad a las personas que no se

¹⁰³Jaime Ruiz de Santiago, “Derechos humanos, derecho de refugiados: evolución y convergencias”, en *Derecho Internacional de los Refugiado*, coord. Sandra Namihas (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), 26.

¹⁰⁴ ONU, *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, 28 de septiembre de 1954, art. 2, Resolución 526 A (XVII)

¹⁰⁵ ONU, “Convención sobre el Estatuto de los Apátridas”, art. 7, párr. 1.

encuentren bajo el amparo de ningún Estado. De igual manera, esta Convención establece criterios que permiten determinar la nacionalidad de una persona apátrida y con ello, a largo plazo, se busca reducir este fenómeno con el tiempo.¹⁰⁶

Si bien es cierto, estas Convenciones promueven medidas para reconocer un mínimo de derechos casos de apatridia, es imperante resaltar la importancia de la nacionalidad en lo concerniente a la movilidad humana ya que los Estados para promover el ejercicio de los derechos, exigen que las personas mantengan un estatus migratorio legal, empero, tal como se ha desarrollado en líneas anteriores, la nacionalidad no constituye un requisito para ejercer los derecho humanos.¹⁰⁷

1.3. Derecho internacional de los refugiados

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y Protocolo de 1967 son las piezas fundacionales del derecho internacional de los refugiados. Estos instrumentos fueron creados con el fin de que la comunidad internacional posea una responsabilidad compartida de todos los Estados en la acogida de refugiados.

La definición clásica de refugiado acepta que las siguientes condiciones permiten a las personas obtener el estatuto de refugiado.

[...] como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.¹⁰⁸

No obstante, la definición de refugiado ha sido ampliada por las Resoluciones de la Asamblea General (1975-1995) de NU, para la protección de las personas bajo la competencia de ACNUR, en el sentido de que se concederá el derecho a solicitar refugio a las personas que están fuera de su país de origen o de residencia habitual y no pueden o no quieren regresar a éste debido a amenazas graves e indiscriminadas a su

¹⁰⁶ ACNUR, *La definición de "Apátrida" en el artículo 1(1) de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, 20 de febrero de 2012, 2, HCR/GS/12/01.

¹⁰⁷ OIM, "Migración, derechos humanos y política migratoria", *Organización Internacional de Migraciones*, 2016, 9, [http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Migraci%C3%B3n-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria.p df](http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Migraci%C3%B3n-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria.pdf)

¹⁰⁸ ONU, "Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados", art. 1.

vida, integridad física o libertad, como resultado de la violencia generalizada o eventos que perturben gravemente el orden público.

Es importante aclarar que la condición de una persona como refugiada no es constitutiva¹⁰⁹, por lo que es necesario que sea declarada por el Estado que la acoge, siempre y cuando reúna los requisitos establecidos en los instrumentos internacionales¹¹⁰.

En el caso de esta Convención con sus respectivos protocolos, se establece la obligación del Estado de no discriminar a una persona por su condición migratoria y se lo conmina a promover acciones sociales, políticas y legales para proteger al solicitante de refugio.¹¹¹

Los Estados están obligados a ejecutar medidas de protección eventuales y permanentes en favor de las personas refugiadas, con especial atención a los grupos que requieren atención prioritaria. Estas obligaciones derivan de la Convención de 1951 y su Protocolo, que han sido ratificadas por los Estados.

El derecho internacional de refugiados no se reduce a la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, sino que se han producido a nivel regional tratados y declaraciones que reconocen una “definición ampliada” de refugiado, y una mayor protección para las personas en movilidad humana. Así por ejemplo, el África se promulgo la Convención de la OUA por la que se regula el estatuto de refugiado, atendiendo a las particularidades del continente. Lo mismo sucedió en América en la que se adoptó una definición ampliada de refugiado en la Declaración de Cartagena de 1984, y que ha sido reconocida por la Corte IDH.

1.4. Instrumentos que protegen los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

De acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas, el término migrante es entendido como “alguien que ha residido en un país extranjero durante más de un año,

¹⁰⁹ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1992, párr. 28, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf?view=1>.

¹¹⁰ Ecuador Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Guía de derechos humanos y movilidad humana* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 10.

¹¹¹ Coalición por las Migraciones y el Refugio, “*Contenidos Básicos sobre Movilidad Humana*”, *Coalición por las Migraciones y el Refugio*, diciembre de 2009, 14, http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/Informes%20alternativos/contenidos_basicosmovilidad.pdf

independientemente de las causas de su traslado [...]”¹¹², es decir, para esta Organización, es necesario mantener estabilidad dentro de otro país por un lapso de al menos un año para ser considerado migrante, por lo que residir en un país extranjero durante menos de un año es sujeto de otras denominaciones, como “turista” o “residente temporal”.

En un contexto laboral, han existido constantes abusos hacia los migrantes por parte de empleadores, razón por la cual surgió la necesidad de amparar sus derechos jurídicamente, siendo esta la piedra angular la Convención Internacional sobre la Protección Internacional de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la ONU en el año de 1990, entrando en vigor en el 2003, cuya principal innovación es establecer un mecanismo de protección que abarque no solo al trabajador migrante sino también a su núcleo familiar, adicional a ello busca erradicar progresivamente los movimientos migratorios ilegales mediante las directrices de condiciones mínimas laborales a las que estén sujetos las personas en movilidad humana.

Este instrumento contiene elementos que incentivan los derechos laborales, servicios sociales y sobretodo unidad familiar¹¹³, como por ejemplo se reconoce el derecho a la asistencia consular a fin de evitar condiciones de desigualdad con los empleadores¹¹⁴ para proteger principalmente a los trabajadores migrantes y familiares cuyo status migratorio se encuentre en situación legal; sin embargo, respecto a los migrantes indocumentados y sus familias si se mantienen una serie de restricciones para el reconocimiento de determinados derechos.¹¹⁵

Sobre la movilidad humana, uno de los principales aportes brindados por esta Convención es que se categorizan las etapas de la migración, esto es, “la preparación para la migración, la partida, el tránsito y el período de estancia para trabajar en otro Estado, y así como el retorno al Estado de origen”¹¹⁶, planificación que permite a los Estados brindar las adecuadas garantías para los migrantes, así como las de los ciudadanos.

¹¹² OIM, “Glosario sobre migración”, *Organización Internacional sobre Migraciones*, 2006, 41, http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

¹¹³ ONU, *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*, 18 de diciembre de 1990, art. 1, Resolución 45/158.

¹¹⁴ OIM, “Migración, derechos humanos y política migratoria”, 18.

¹¹⁵ Por ejemplo se restringen los derechos políticos a los inmigrantes en cuestiones relacionadas con el Estado de destino. *Ibíd.*, 34.

¹¹⁶ ONU, “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares”, art 1, 2.

De igual manera, se recalca que la eficacia de los derechos humanos de las personas que se encuentran en estado de migración no dependerá de la normativa interna de un país, pues tal como lo establecen los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una persona tiene la facultad de exigir sus derechos sin importar su condición migratoria. En consecuencia, los Estados tienen la obligación de crear mecanismos adecuados para regular la situación migratoria de las personas¹¹⁷ y evitar con ello a toda costa que se atente contra la dignidad de estas personas.

En esta Convención se incluyen garantías básicas de protección, entre las que se puede destacar: integridad personal y derecho a la vida, principio de no discriminación, libertad de pensamiento, expresión, y culto, debido proceso, libertad y seguridad personal, igualdad de trato en lo relacionado a remuneraciones, salud, transferencia de ingresos, ahorros y efectos personales, derecho de asociación, derechos políticos relacionados con cuestiones de su país de origen.

Cabe agregar que la Organización Internacional del Trabajo ha desarrollado varios tratados internacionales en los que se encuentran directrices para la protección de la movilidad humana en especial cuando se encuentra en situación de trabajador migrante, estos son: El Convenio sobre los trabajadores migrantes y sus disposiciones complementarias, Convenio sobre la inspección de los emigrantes, Convenio sobre los trabajadores migrantes.

En el caso ecuatoriano, el Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus familias hizo la recomendación al Estado para que reforme la Ley de Movilidad Humana y su reglamento para que encuentre congruencia con los tratados internacionales en esa materia.¹¹⁸

1.5. Instrumentos en contra de la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes

La trata de personas se relaciona con la explotación de una persona por parte de otra. En este caso, no es necesario que la persona salga de su país de origen, aunque se

¹¹⁷OIM, “Módulo de capacitación para una gestión fronteriza integral que garantice los derechos humanos de las personas en movilidad y combata la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, 101.

¹¹⁸ ONU Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Ecuador*, 27 período de sesiones, 14 de septiembre de 2017, párr. 13, CMW/C/ECU/CO/.

relaciona mucho con la explotación de migrantes en los Estados de destino¹¹⁹. Mientras que el tráfico ilícito de migrantes a través de varias vías como tierra, mar o aire, es una actividad relacionada con la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual no es nacional o residente, con el fin de obtener un beneficio personal o material.¹²⁰

Los principales instrumentos que buscan respetar y proteger los derechos humanos de los migrantes que corren riesgo de ser víctimas del delito de trata de personas son: El Protocolo para prevenir, Reprimir y sancionar la trata de personas y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, los mismos que están vinculados a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y responden a la necesidad de sancionar a los múltiples problemas generados por grupos criminales dedicados a trasladar ilegalmente a migrantes a través de mecanismos atentatorios contra la dignidad humana.

Estos Protocolos surgen con la necesidad de promover la cooperación entre los Estados parte en la lucha contra los responsables de dichas violaciones¹²¹. En consecuencia, tienen el objetivo de salvaguardar los derechos de las personas en movilidad humana, especialmente frente al aumento de delincuencia transnacional.

Dentro de las disposiciones establecidas por estos protocolos son las de promover la adopción de medidas legislativas para tipificar como delito la trata de personas, así como medidas de prevención de la comisión de este delito, que incluye delitos como la explotación sexual, trabajos forzados, esclavitud, etc.¹²², por tal motivo este instrumento promueve la creación de mecanismos adecuados para regular la situación migratoria de las personas y evitar que se conviertan en víctimas de delito de trata.

2. La movilidad humana en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

¹¹⁹ACNUR, “Trata y tráfico de personas”, accedido el 04 de mayo de 2017, párr. 3 <http://www.acnur.org/que-hace/proteccion/trata-y-trafico-de-personas/>

¹²⁰En el COIP se sanciona como delito esta conducta. Además véase ONU, “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, art. 3, a.

¹²¹OIM, “Módulo de capacitación para una gestión fronteriza integral que garantice los derechos humanos de las personas en movilidad y combata la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, 15

¹²² ONU, “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”, art. 3.

Los órganos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos son conscientes de los constantes riesgos que tienen que afrontar las personas que se hallan en situación de movilidad humana¹²³ en América. Debido a su alcance regional se preocupa de cuestiones relacionadas dentro del continente.

Los principales instrumentos que protegen los derechos dentro de este Sistema son la Convención Americana sobre DDHH, en adelante CADH, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La CADH surgió con el fin de resguardar los derechos fundamentales de las personas, independientemente de su condición social, económica, etc., además es un instrumento de protección que abarca obligaciones a los Estados parte a fin de tutelar los derechos, sin importar el país de origen de la persona¹²⁴. Reconoce como deber primordial respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidas en la misma, sin discriminación de ningún tipo. Así, su art. 22 establece el derecho de circulación y residencia dentro del territorio nacional o internacional, lo que permite a las personas transitar libremente dentro y fuera de un Estado; este derecho incluye, entre otros aspectos, la prohibición de expulsión de nacionales y no privar a sus ciudadanos el derecho de ingresar a su país, el derecho a buscar y recibir asilo, el principio de la devolución y la prohibición de expulsiones colectivas a personas extranjeras.¹²⁵

Por otro lado, ningún derecho puede ser efectivamente protegido si no existe un órgano competente que garantice su cumplimiento e imponga medidas adecuadas para satisfacer el derecho, es por ello que en la Convención Americana se establecen como órganos competentes de protección a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entidades responsables de conocer todos los asuntos relacionados al cumplimiento de los Estados con los compromisos asumidos en la Convención.¹²⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH— es un organismo autónomo encargado de interpretar y aplicar la CADH, y resolver los

¹²³ CEPAL, *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en américa latina y el caribe*, 9 de marzo de 2006, 43, LC/G.2303(SES.31/11).

¹²⁴ Corte IDH, “Sentencia de 24 de septiembre de 1982 (Opinión Consultiva OC-2/82)” *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Serie A No. 2, párr. 29

¹²⁵ OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 22, Res 27/08/1979 N° 17955.

¹²⁶ CIDH, *Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos*, 14 de agosto de 2014, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.21.

casos que llegan a su conocimiento por pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta Corte se encuentra conformada por expertos en derechos humanos, quienes mediante su jurisprudencia crean precedentes vinculantes para los Estados parte de la CADH. Las sentencias emitidas por este Organismo se caracterizan por instar a los Estados a cumplir con diversos parámetros, tales como la obligación de que al momento de ejercer la facultad de fijar políticas migratorias, estas deben realizarse respetando los derechos humanos de los migrantes, especialmente el principio de igualdad y no discriminación¹²⁷.

De igual manera, la Corte IDH ha establecido la necesidad de reconocer la situación de vulnerabilidad en la que se hayan expuestas las personas migrantes, dado a que son víctimas de constantes violaciones a sus derechos¹²⁸, tal es el caso de la Opinión Consultiva Nro. 18 (OC-18/2003), en donde se instó a los Estados la obligación de respetar los derechos humanos y garantizar su pleno ejercicio a todo individuo que se encuentre en sus territorios, sin discriminación alguna por su condición migratoria¹²⁹.

2.1. Obligaciones de los Estados

Los Estados son por naturaleza los sujetos del derecho internacional, y por lo tanto, están obligados a cumplir con las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Así por ejemplo, según la CADH:

[...] los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹³⁰

¹²⁷ Sobre ello, la Corte ha emitido varias sentencias como el caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Un análisis detallado de lo expresado por la Corte en páginas posteriores.

¹²⁸ ONU Consejo Económico y Social, *Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes*, 6 de enero de 2000, párr. 28, E/CN.4/2000/82.

¹²⁹ Dentro de esta Opinión Consultiva, la Corte Interamericana resaltó que los migrantes afrontan constantes situaciones de desigualdad, al no ser amparados por las legislaciones internas de los Estados y por las diferencias culturales que afrontan son víctimas de prejuicios étnicos, xenofobia y racismo. Corte IDH, “Sentencia de 17 de septiembre de 2003 (Opinión Consultiva 18/03)”, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf.

¹³⁰ OEA, “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, art 1.1.

Según, la CADH, la responsabilidad del Estado respecto de sus obligaciones no reduce a aquellas personas que se encuentran dentro de su territorio, o de las que son sus ciudadanos, sino que se amplía a aquellas que están bajo su “jurisdicción”; es decir todas las personas extranjeras que se encuentran en su territorio, o todas las personas de otros Estados, en otros Estados que están sujetas al control de sus agentes.¹³¹

En ese contexto, las obligaciones en relación a los derechos de las personas en movilidad humana recaen sobre los Estados de origen, de tránsito y destino migratorio.

A continuación expondremos, las obligaciones que se derivan del SIDH, y que han sido abordados por la Comisión IDH y la Corte IDH.

2.1.1. Obligaciones de respeto y garantía

El deber de respeto propone la abstención del Estado sobre el ejercicio de derechos; mientras que el deber de garantía supone la adopción de medidas positivas tendientes a la promoción de derechos de grupos vulnerables.¹³² La revisión particular de la situación de cada persona en situación de movilidad a la luz de las normas internacionales de protección de derechos¹³³ permite la efectivización de las obligaciones de respeto y garantía.

Las autoridades nacionales de cada Estado, deben reconocer las obligaciones adquiridas por el Estado, para que logren materializar los derechos en la movilidad humana, evitando restringir el contenido de los mismos. Por ello, la vulneración de derechos de movilidad humana significa en sí misma la inobservancia del deber de respeto y garantía,¹³⁴ la obligación de respeto y garantía, supone a su vez, cuatro obligaciones básicas: prevención, investigación, sanción y reparación de las vulneraciones de derechos humanos.¹³⁵

¹³¹ CIDH, “Movilidad Humana. Estándares internacionales”, 31, párr. 61.

¹³² Corte IDH, “Sentencia de 16 de noviembre de 2009”, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 243.

¹³³ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 090-15-SEP*, 25 de marzo del 2015, 17.

¹³⁴ Corte IDH, “Sentencia de 29 julio de 1988”, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia, 29 de julio de 1988, párr. 169.

¹³⁵ Algunos de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos también establecen de forma expresa la obligación del Estado de actuar con debida diligencia para proteger los derechos humanos como, por ejemplo, el artículo 6 de la Convención Interamericana Contra la Tortura y el 7 inciso b) de la Convención de Belém do Pará.

2.1.1.1. Deber de prevención

Para la Corte IDH la prevención incluye:

[...] todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones de los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de reparar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.¹³⁶

No obstante, la prevención no es una obligación de medio o comportamiento, sino que se debe evaluar las medidas generales y específicas tomadas por el Estado, para verificar si aquellas protegen a las personas en contextos de movilidad humana.¹³⁷

Las medidas generales pueden ser aquellas enfocadas en promover la salvaguarda de los derechos de las personas en movilidad, tales como la modificación del derecho interno, políticas públicas para proteger los derechos, entre otras. Mientras que las medidas específicas son aquellas adoptadas en cuestiones particulares, en casos concretos,¹³⁸ incluso cuando se trata de los familiares de las personas en contextos de migración forzada.¹³⁹

2.1.1.2. Deber de investigar, procesar y sancionar

Esta obligación se reconoce como el deber de debida diligencia que tiene el Estado al momento de investigar, procesar, sancionar y reparar las vulneraciones de derechos de personas en contextos de movilidad humana. Por ello, “se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención.” Es decir que se complementa con el deber de prevenir y en lo posterior reparar si algún derecho ha sido conculcado.¹⁴⁰

¹³⁶ Corte IDH, “Caso González y otras vs. México”, párr. 252.

¹³⁷ CIDH, “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”, párr. 376.

¹³⁸ Corte IDH, “Sentencia de 23 de noviembre de 2011”, *Caso Fleury y otros vs. Haití*, 23 de noviembre de 2011, párr. 105.

¹³⁹ Corte IDH, “Sentencia de 26 de mayo de 2010”, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, 26 de mayo de 2010, párr. 218.

¹⁴⁰ En el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, la Corte IDH instó al Estado a prevenir que se hostigue a los familiares del señor Cepeda para evitar que se desplacen. En el caso *Familia Barrios vs. Venezuela* la Corte analiza la obligación de investigar que tenía el Estado por la muerte de personas en contexto ejecuciones extrajudiciales que tuvo como consecuencia el desplazamiento forzado de personas.

Esta es una obligación de medio y no de resultado¹⁴¹, deber evitar asumir que se cumple por el cumplimiento de simples formalidades, o por subsanar intereses particulares de víctimas.¹⁴²

La debida diligencia en los casos de hechos en escenarios trasfronterizos computa al Estado la responsabilidad de investigar a nivel interno, y cooperar con las autoridades de los Estados involucrados, incluso con los organismos internacionales encargados de vigilar el cumplimiento de los derechos.¹⁴³ Adquiere mayor importancia esta obligación cuando se enfrenta delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes¹⁴⁴

2.1.2. Adopción de disposiciones de derecho interno

La obligación de los Estados en relación con el marco internacional de protección de derechos humanos, supone que se debe adecuar la legislación interna con el fin de lograr la congruencia entre derecho interno y tratados internacionales.¹⁴⁵ Esto supone que se haga en el caso ecuatoriano un control de convencionalidad de las normas constitucionales e infra constitucionales con el fin de dotarlas de materialidad y eficacia.¹⁴⁶

En relación a los derechos de las personas en movilidad humana, los Estados deben adecuar su legislación interna, con el objetivo de suprimir las normas y prácticas que sean contrarias a los tratados de protección del sistema universal y regional de protección de derechos, y para que se expidan las normas que permitan la garantía de los derechos contenidos en los tratados.¹⁴⁷

Por ejemplo, la Comisión IDH y la Corte IDH se han pronunciado sobre la necesidad de revisar y modificar las disposiciones normativas que permiten que se

¹⁴¹ Corte IDH, “Sentencia de 24 de noviembre de 2011”, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, 24 de noviembre de 2011, párr. 175.

¹⁴² Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, párr. 177.

¹⁴³ TEDH. “Sentencia de 7 de enero de 2010” *Caso de Rantsev vs. Chipre y Rusia*, Aplicación No. 25965/04, párr. 289.

¹⁴⁴ CIDH, “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”, párr. 370.

¹⁴⁵ ONU, “PIDCP”, art. 2; OEA, “CADH”, art. 2.

¹⁴⁶ Corte Constitucional, “Sentencia 090-15-SEP”, 16.

¹⁴⁷ Corte IDH, “Sentencia de 25 de octubre de 2012”, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, 25 de octubre de 2012, párr. 296.

ejecuten sobre migrantes procesos policiales de detención y deportación, sin un control judicial que garantice sus derechos.¹⁴⁸

En el caso ecuatoriano los órganos de protección de derechos han recomendado que derogue algunas disposiciones de la Ley de Migración y de la Ley de Extranjería, en tanto, que afectan los derechos de las personas por ser incoherentes con los estándares internacionales. Ello se subsana con la promulgación de la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

2.1.3. Trato en igualdad y no discriminación

Este principio forma parte del *ius cogens*¹⁴⁹ internacional, por lo que debe ser respetado por todos los Estados.¹⁵⁰ Cada Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos de las personas en movilidad humana en igualdad y sin discriminación. Este principio incluye dos dimensiones: i) la prohibición de diferencia de trato arbitraria, entendida como diferencia de trato, distinción, exclusión, restricción, o preferencia¹⁵¹; y 2) la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.

La primera se relaciona con la igualdad formal, entendida como la prohibición de un trato diferenciado en la ley. Es decir, la prohibición de promulgar normativa en la que se limite los derechos de movilidad humana por la condición migratoria o por cualquier otra categoría sospechosa susceptible de ser utilizada como parámetro de discriminación.

La segunda se relaciona con la igualdad material, según la cual el Estado tiene la obligación de crear medidas afirmativas para garantizar derechos de personas que han sido históricamente excluidas y vulneradas, tales como las mujeres, los niños, entre otros.

Está prohibida la discriminación por la situación irregular de una persona, es decir deben tener los mismos tratos extranjeros y nacionales. No obstante, se puede

¹⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 78.

¹⁴⁹ El *ius cogens* se relaciona con el derecho perentorio o derecho consuetudinario, que ha sido aceptado por todos los Estados por su vigencia en el tiempo.

¹⁵⁰ Corte IDH, “Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, párr. 101.

¹⁵¹ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, párr. 92.

hacer un trato distintivo entre nacionales y extranjeros¹⁵², o entre las diferentes categorías de migrantes, siempre que se respete los estándares. No todo tratamiento jurídico diferente constituye discriminación, debido que las desigualdades entre las personas pueden permitir focalizar una desigualdad de trato jurídico.

En ese contexto, la discriminación subyace cuando una distinción “carece de justificación objetiva y razonable”.¹⁵³ Tal es el caso por ejemplo de los derechos políticos que se suspenden para personas extranjeras,¹⁵⁴ en cuestiones políticas del Estado de destino.

Es decir que, las políticas y prácticas discriminatorias son prohibidas, incluso cuando no se puede probar el contenido discriminatorio,¹⁵⁵ por ello para proponer este tipo de medidas se debe encontrar una justificación objetiva y razonable que busque conseguir un fin u objetivo legítimo.¹⁵⁶

Además, se prohíbe la aplicación de perfiles raciales como formas de discriminación considerando cuestiones subjetivas como formas de proteger la seguridad nacional o la protección pública, dado que no se basan en cuestiones objetivas. En ese contexto, se prohíbe a los Estados que las leyes migratorias estén dirigidas a grupos humanos considerando sus características étnicas o raciales.¹⁵⁷ Ello incluye distinciones basadas en la raza, debido a que no es posible encontrar una justificación apropiada.

Según la CIDH, una justificación para tal medida debe cumplir con la doctrina de “la inversión de la carga de la prueba” y la “presunción de invalidez” de una restricción basada en una *categoría sospechosa*¹⁵⁸. Cuando una distinción se base en una categoría sospechosa se debe realizar un escrutinio estricto con el fin de determinar que tal distinción no se base en prejuicios o estereotipos.

Asimismo las decisiones judiciales deben ser idóneas y razonables para llegar a un fin constitucionalmente justo, sin que se limite los derechos por meras formalidades

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ TEDH, “Sentencia 11 de junio de 2002”, *Caso Willis c. Reino Unido*, párr. 39.

¹⁵⁴ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, párr. 89.

¹⁵⁵ CIDH, “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”, párr. 358.

¹⁵⁶ CIDH, “Movilidad humana. Estándares internacionales”, párr. 190. Se cita el “Informe N° 56/10 de 18 de marzo de 2010”, *Caso de Margarita Cecilia Barbería Miranda*, Chile, 18 de marzo de 2010, párr. 21-26. En el informe se demuestra que el Estado impedía a la víctima el ejercicio de la profesión de abogado porque era extranjera, pese a que había realizado los estudios en Chile.

¹⁵⁷ CIDH, “Movilidad humana. Estándares internacionales”, párr. 204.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 205. Las categorías sospechosas son aquellos criterios que están prohibidos al momento de hacer distinciones entre personas. Véase. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-829/12*.

legales. Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales deben garantizar la protección del derecho a la movilidad humana analizando de forma adecuada y razonable los procesos de regularización de los migrantes para evitar vulneración de derecho como la integridad física, la libertad, el debido proceso, entre otros.

El Estado está impedido de categorizar a las personas bajo la categoría sospechosa de condición migratoria, debiendo garantizar la libre movilidad de las personas, aunque eso es una utopía. Un claro ejemplo sobre este aspecto, es el pronunciamiento expresado por la Corte IDH en el Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, en donde se enfatizó la obligación de los Estados en respetar, garantizar y promover el principio de igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona.¹⁵⁹

Asimismo, para que este derecho pueda ser plenamente tutelado, la Corte IDH ha planteado claros lineamientos para los Estados entre los cuales están la obligación de no introducir en el derecho interno regulaciones discriminatorias, y en caso de existir las, deben ser eliminadas de la normativa interna y a su vez emitir medidas que reconozcan y aseguren una adecuada y efectiva igualdad ante la Ley de todas las personas.¹⁶⁰

2.2. Derechos de las personas en movilidad humana

Todo individuo que se encuentre en condición de movilidad humana cuenta con protección por parte del Sistema Interamericano, en el caso de la Corte IDH y la CIDH se han desarrollado opiniones y jurisprudencia vinculantes que permiten ampliar el abanico de derechos a favor de estas personas, los mismos que deben ser plenamente efectivizados por los Estados que han adquirido dichas obligaciones. En atención a ello, se analizará los derechos, que son más susceptibles de ser vulnerados, de las personas en movilidad humana.

¹⁵⁹Corte IDH, “Sentencia de 8 de septiembre de 2005”, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, 8 de septiembre de 2005, párr. 155.

¹⁶⁰ Corte IDH, “Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, 23 de noviembre de 2010, párr. 248.

2.2.1. Derecho a solicitar asilo y recibir refugio

Estos son dos derechos, por un lado el derecho a solicitar asilo, y por otro el derecho a recibir refugio. Cada uno está regulado internacionalmente por tratados distintos. Aunque algunos prefieren llamarlos como sinónimos, estos tienen algunas diferencias que los hacen derechos autónomos.

El asilo puede ser entendido como el lugar en el que las personas encuentran inmunidad porque son perseguidas por delitos políticos. Esta definición es particular en el caso del asilo territorial reconocido en la región latinoamericana, que se diferencia del refugio por las causales por las que se pide. El asilo se encuentra reconocido en el artículo 14 de la DUDH, y en una serie de tratados regionales sobre asilo territorial.

Por otra parte, el derecho al refugio se concede por motivos humanitarios. Ha tenido su evolución a través del derecho internacional de refugiados que ha ido ampliando significativamente el marco de protección de las personas. Aunque es un derecho que se ha configurado en el tiempo a través del derecho consuetudinario, existe un instrumento que le da el carácter de universal, la Convención para el Estatuto de Refugiados de 1951, y años más tarde, el Protocolo Adicional de 1967. Sin embargo, la protección de refugiados a nivel regional paulatinamente se ha ido incrementando, así por ejemplo, en África, la Convención de la OUA para regular el estatuto de refugiado reconoce la situación particular de los refugiados en ese continente; lo mismo sucede en América con la Declaración de Cartagena de 1984.

Estos derechos han sido ampliamente desarrollados con el objetivo de garantizar la seguridad y bienestar de las personas que han sido forzadas a abandonar sus hogares por una ruptura con su país de origen¹⁶¹.

Dentro del Sistema Interamericano, la CADH y DADH, específicamente el Art. 22, ha servido de base para la interpretación progresiva de la Corte IDH para precautelar el acceso adecuado al derecho de asilo y recibir refugio¹⁶².

Uno de los principales aportes dados por la Corte, es el establecido en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, donde se analizó que la institución del asilo constituye el mecanismo fundamental para proteger a las personas refugiadas.

¹⁶¹Corte IDH, “Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*, 25 de noviembre de 2013, párr. 137

¹⁶²Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014, párr. 73, Opinión Consultiva OC-21/14.

Asimismo, en diversas ocasiones la Corte ha hecho hincapié en que estos derechos deben ser concedidos, por ejemplo cuando las personas solicitantes cumplan parámetros requeridos por los Estados, los mismos que no deberán ser contrarios a los principios rectores establecidos en los instrumentos internacionales de protección de derechos.

Por lo antes mencionado, es posible concluir que la Corte IDH siempre ha sido enfática en buscar medidas que permitan acceso a este derecho, tomando en cuenta el creciente riesgo de violaciones a los derechos humanos que sufren las personas en movilidad humana, quienes son consideradas como personas vulnerables, más aun en el contexto americano, en el que la protección de los refugiados ha ido de la mano de la interpretación del art. 22 de la CADH con la Declaración de Cartagena de 1984.

El Principio de no devolución

Este principio juega un papel fundamental en la protección de las personas refugiadas¹⁶³, pues con ello se brinda la garantía de no ser obligados a retornar a su país de origen y palpar nuevamente el peligro del que huyeron. El principio de no devolución se encuentra establecido en la CADH en el Art. 22.8 el cual expresamente prohíbe a los Estados expulsar o devolver a otro país a un extranjero donde su derecho a la vida o libertad personal se encuentra en serio peligro por razones de raza, nacionalidad, etc. Por otro lado, el Art. 33 de la Convención insta que ningún Estado podrá expulsar ni devolver a una persona refugiada.

La Corte IDH, en el caso de la Familia Pacheco vs. Bolivia, indica que la prohibición de devolución¹⁶⁴ es la piedra angular de la protección de derechos de las personas refugiadas y asiladas, motivo por el cual, los Estados se abstendrán de rechazar o expulsar a personas sin evaluar pormenorizadamente sus peticiones, a través de procedimientos eficientes, accesibles y justos que permitan a las personas solicitar asilo y refugio e incluso este Organismo puntualiza que en caso de existir un riesgo de tortura de la persona solicitante, el principio de devolución será absoluto y se aplica no solo para los refugiados, sino también para los extranjeros cuando aún su petición de asilo se encuentre en proceso.

¹⁶³ CIDH, “Movilidad humana. Estándares internacionales”, 221, párr. 436.

¹⁶⁴ OEA, “Convención Americana de Derechos Humanos”, art. 22, 8.

2.2.2. Derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal, relaciona la integridad física, psíquica y moral de las personas. Ha sido recogido en varios instrumentos internacionales, especialmente para prevenir la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y la situación de las personas privadas de libertad. Aunque su contenido se establece como referencia dentro de todos los ámbitos de la vida de una persona.¹⁶⁵

La integridad personal de aquellos que se encuentran en situación de movilidad humana regular e irregular es un tema que ha preocupado a la Corte IDH, pues las múltiples trasgresiones a este derecho ha impulsado que este órgano competente de la OEA en su desarrollo jurisprudencial marque precedentes importantes que impidan dichas vulneraciones de derechos.

Una garantía para hacer efectivo el derecho a la integridad personal es brindar una atención médica adecuada, oportuna, especializada y de calidad. Es decir, existe una relación estrecha entre la integridad personal y el acceso al derecho a la salud. Al respecto la Corte IDH ha señalado que la atención médica en casos de emergencia debe ser brindada en todo momento, por lo que los Estados se encuentran en la obligación de garantizarla, con atención sanitaria integral, y tomando en cuenta las necesidades diferenciadas para los grupos de atención prioritaria o llamados vulnerables¹⁶⁶

Por otro lado, respecto a las personas detenidas en situación migratoria, deben permanecer en lugares distintos a los de personas acusadas o condenadas por delitos penales, el Estado debe brindarles mínimas garantías. Una de ellas, necesaria y proporcionada por cierto, es que los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, pues ellas tienen un fin incompatible y contrario con la naturaleza de una detención generada por situaciones migratorias¹⁶⁷.

La Corte IDH, respecto a los niños, niñas y adolescentes ha brindado directrices enfocadas a su protección. Uno de ellos es el principio de separación, el cual tiene dos dimensiones, el primero señala que cuando el niño o niña que se encuentre en movilidad humana no esté acompañado por un adulto, este deberá alojarse en sitios distintos al que

¹⁶⁵ Carolina Anello, "Artículo 5. Integridad personal", en Enrique Alonso Regueira, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2013), 66.

¹⁶⁶ Corte IDH, "Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)", *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012, párr. 108.

¹⁶⁷ Corte IDH, "Caso Vélez Lóor vs. Panamá", Sentencia, párr. 208.

corresponde a los adultos, mientras que si el menor esté acompañado por un adulto deberá alojarse con sus familiares, con excepción de los casos en los cuales sea más conveniente la separación en aplicación del principio de interés superior del niño¹⁶⁸. Adicional a ello, la Corte estima que es una obligación internacional del Estado establecer y determinar espacios de alojamiento para niños y niñas no acompañados o separados, en orden a las necesidades específicas de cada grupo, y acorde a su edad¹⁶⁹

En consecuencia, el derecho a la integridad personal debe ser garantizado por los Estados que han suscrito y ratificado la CADH. No solo respecto de los ciudadanos que componen sus países, sino también respecto de aquellas personas que se encuentran en movilidad humana regular e irregular dentro de sus territorios.

2.2.3. Derecho a la libertad personal

La libertad personal se relaciona con el comportamiento corporal del titular del derecho y su posibilidad de movimiento. En este sentido, el Estado puede en algunas ocasiones limitar legítimamente el derecho, caso contrario, su restricción es una vulneración a la libertad personal.

La Corte IDH tiene claro que las personas que se encuentran en movilidad humana irregular tienen derecho a la libertad personal, por lo que ha señalado los requisitos que se deben cumplir para limitar de forma legítima, proporcional y necesaria este derecho. Es legítima cuando no vulnera los derechos de las personas, es proporcional en la medida en que busca proteger otros derechos o intereses, y es necesaria debido a que no existe otro medio menos lesivo para conseguir el mismo fin.

Por ejemplo, la Corte ha sostenido que resulta de suma importancia que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones de extranjeros con el objeto de ser deportados¹⁷⁰. También ha señalado que en la aplicación de cualquier restricción o privación de la libertad, los Estados tienen la obligación de respetar el principio de legalidad, de manera que las causas y procedimientos aplicados sean establecidos previamente, de conformidad a la normativa interna del Estado y la

¹⁶⁸ Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, párr. 178.

¹⁶⁹ Ibid., párr. 191

¹⁷⁰ Corte IDH, “Caso NadegeDorzema y otros vs. República Dominicana”, párr. 131

Convención Americana¹⁷¹. Esta obligación reviste de legalidad las decisiones adoptadas, pues caso contrario ellas resultarán ilegales¹⁷².

Asimismo, la Corte IDH en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay asume que el derecho de circulación supone que una persona puede trasladarse libremente de acuerdo a su decisión individual, sin depender de un motivo ajeno a su voluntad, aunque debe evitar trasgredir las normas jurídicas previstas y que restringen la circulación de las personas por determinados lugares. La libertad personal es una condición indispensable para el “libre desarrollo de la persona”¹⁷³

Dentro de la jurisprudencia relevante, encontramos que los Estados tienen la libertad de establecer mecanismos de control para aquellas personas que entren y salen del territorio nacional, sin embargo, les recuerda que la discrecionalidad no es absoluta y se sujeta a las restricciones del respeto a los derechos humanos de las personas en movilidad humana¹⁷⁴. Ejemplo de ello, es la consideración de la Corte en los casos de privación de libertad de migrantes, en donde señala que la orden de detención se revestirá de legalidad cuando en ella se acredite y motive su necesidad de acuerdo a las circunstancias particulares e individualizadas del caso.¹⁷⁵ Por otro lado, considera que la detención es arbitraria cuando resulta incompatible con el respeto a los derechos fundamentales por ser entre otras cosas, irrazonable, imprevisible y no proporcional.¹⁷⁶

En conclusión, el derecho a la libertad personal de las personas en movilidad humana debe ser tutelado por los Estados y bajo ningún concepto será entendido como una conducta punible. Sin embargo, queda dicho que puede ser restringido por cuestiones de orden y seguridad social y la legalidad de los mecanismos que adopte el Estado para restringir este derecho dependerá de la correcta motivación de las autoridades competentes, en donde se analice las circunstancias individualizadas de cada caso, sin que se provoque discriminación o afectación a los derechos.

¹⁷¹ Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, párr. 191

¹⁷² Corte IDH, “Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 28 de agosto de 2014, párr. 368.

¹⁷³ Corte IDH, “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, párr. 115.

¹⁷⁴ Corte IDH, “Caso Vélez Loo vs. Panamá”, párr. 97.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 118

¹⁷⁶ Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, párr. 152

2.2.4. Derecho al debido proceso y acceso a la justicia

El debido proceso se relaciona con las garantías básicas que deben reconocerse a las personas cuando se encuentran inmersas en procesos administrativos o judiciales. Así, el acceso a la justicia forma parte de una condición, sin la cual no se puede efectivizar el debido proceso.

Respecto a estos derechos, la Corte IDH ha estimado trascendental el hecho de que los Estados brinden recursos sencillos y efectivos que amparen los derechos sin discriminación alguna hacia las personas en movilidad humana. Para ello, los Estados deben desarrollar garantías de acceso a la justicia que no sean solo formales, sino reales¹⁷⁷, tales como la adopción de medidas necesarias para garantizar el acceso a la justicia, como es el caso del derecho a la asistencia consular y contar con asistencia letrada.¹⁷⁸

En ese contexto, el acceso a la justicia debe tomar en cuenta los componentes de forma interrelacionada y esenciales, tales como: “justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, calidad, rendición de cuentas de los sistemas de justicia, y provisión de recursos para las víctimas”.¹⁷⁹ Estos elementos deben aplicarse de forma universal e inmediata.

La justiciabilidad supone la capacidad para que los migrantes puedan acceder a la justicia sin trabas, para que puedan exigir el respeto de los derechos a ellos reconocidos constitucional y convencionalmente. Ello incluye el acceso a los recursos administrativos para regular su situación migratoria.

La disponibilidad exige que el Estado provea de órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales, así como administrativos, para facilitar el acceso a la regularización de la situación migratoria, órganos que deben estar ubicados en la frontera, y deben tener mantenimiento y financiamiento por parte del Estado.

La accesibilidad “requiere que todos los sistemas de justicia, tanto a los sistemas formales y cuasi judiciales, sean seguros, asequibles y físicamente accesibles”,¹⁸⁰ esto quiere decir que sean adoptados a las necesidades de los migrantes para evitar la discriminación intersectorial, cuando se trata de mujeres, niños, entre otros.

¹⁷⁷ Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, párr. 107.

¹⁷⁸ Corte IDH, “Caso Vélez Loo vs. Panamá”, párr. 254

¹⁷⁹ ONU CEDAW, *Comentario general 33: Recomendación general sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, 23 de julio de 2015, párr. 14, CEDAW/C/GC/33.

¹⁸⁰Ibíd., párr. 14.

La calidad del sistema de justicia supone que aquellos se reconozcan en los estándares de derechos humanos internacionalmente reconocidos, tales como “competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad”¹⁸¹, para lograr responder a las necesidades de los migrantes, y resolver sus solicitudes de forma adecuada y efectiva.

En el caso *Vélez Loo* en el año 2010, la Corte IDH reconoció las garantías básicas de un debido proceso en materia de migración, rescatando la importancia de la asistencia consular.¹⁸² Se permitió señalar también que cualquier medida de carácter punitivo en relación al ingreso irregular es incompatible con la Convención Americana.

En consecuencia, las actuaciones legales y administrativas realizadas en torno a los migrantes deberán respetar el debido proceso y brindar todas las garantías necesarias para que todas las personas puedan acceder a la justicia.¹⁸³

2.2.5. Derecho a la nacionalidad

La nacionalidad es un derecho y al mismo tiempo es el estatuto jurídico de las personas, que los une con un Estado, por ello, puede exigirle a éste último la garantía de derecho, y como contraparte debe cumplir obligaciones concretas. Su determinación compete al ámbito interno de los Estados, cuyo margen de apreciación encuentra límites en el régimen de derechos humanos.

En el caso *Yean y Bosico* del año 2005, la Corte IDH se pronunció reconociendo dos límites importantes a la discrecionalidad de los Estados para otorgar la nacionalidad, el primero la aplicación de igualdad y no discriminación, y el segundo la búsqueda de reducción de la apatridia. A su vez, en la misma sentencia la Corte IDH se pronunció señalando que el estatus migratorio no se puede transmitir a los hijos, es decir, no se debe negar la nacionalidad a quienes hayan nacido dentro de un determinado país, igualmente, se hizo especial énfasis en la obligación que tienen todos los Estados en respetar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación a pesar del estatus migratorio de las personas.

¹⁸¹Ibíd., párr. 15.

¹⁸² ONU, *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, 19 de marzo de 1967, artículo 36.1.b.

¹⁸³ Corte IDH, “Caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*”, párr. 145.

2.2.6. Derecho de circulación y residencia

Este derecho es indispensable para el libre desarrollo de la persona¹⁸⁴, pues implica el derecho de circular libremente de forma legal dentro de un país, escoger su residencia, ingresar, salir o permanecer dentro de un país¹⁸⁵, sin restricciones arbitrarias de cualquier tipo para impedir el ejercicio de este derecho.

Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 22 de la CADH, que establece la libertad para circular en el país de residencia, a salir libremente del mismo. Establece que se puede restringir este derecho, por medio de una ley, por cuestiones de orden social, seguridad nacional, entre otros.

2.2.7. Prohibición de la criminalización de personas en movilidad

La criminalización de migrantes se manifiesta cuando un Estado considera que la entrada a su territorio de forma ilegal constituye un delito y, por lo tanto, la persona debe ser privada de la libertad en tanto que ha vulnerado el orden jurídico interno. Esta práctica tiene que ver con el discurso securitista del Estado de cerrar las fronteras, oponiéndose al discurso de los derechos humanos de la ciudadanía universal y la libre movilidad de personas.

En consecuencia, en los instrumentos internacionales existe la prohibición de sanción por el ingreso ilegal. Ello incluye la prohibición de proponer sanciones penales a las personas que han ingresado ilegalmente y que pueden solicitar a los órganos correspondientes la solicitud de refugio. Además, no se puede restringir el derecho a la libre circulación sino en la medida en que sea necesario, y se debe proponer un plazo razonable para que el refugiado que no obtuvo la condición de refugiado en ese país lo obtenga en otro.¹⁸⁶

Existe también el reconocimiento del principio de no criminalización de los migrantes y de la migración en sentido amplio. Esta propuesta significa una superación de la regulación de la migración, dado que en otros países la condición de migrante irregular se constituye en delito, y en muchos de los casos las personas son susceptibles de ser privadas de la libertad.

¹⁸⁴ Corte IDH, “Caso Manuel Cepada Vargas vs. Colombia”, párr. 197.

¹⁸⁵ Corte IDH “Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay”, párr. 115.

¹⁸⁶ ONU, “Convención Internacional sobre el Estatuto de Refugiados”, art. 31.

Respecto a las personas detenidas en situación migratoria, deben permanecer en lugares distintos a los de personas acusadas o condenadas por delitos penales, el Estado debe brindarles mínimas garantías. Una de ellas, necesaria y proporcionada por cierto, es que los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, pues ellas tienen un fin incompatible y contrario con la naturaleza de una detención generada por situaciones migratorias.¹⁸⁷ Aunque la detención en cualquier caso puede ser un instrumento para la vulneración de derechos.

A modo de conclusión

Se ha revisado que en el ordenamiento jurídico internacional y regional existe una preocupación por la situación de las personas en movilidad humana; es decir, actualmente estamos en una especie de transición, desde el enfoque securitista de gobernanza de la migración hacia un enfoque de derechos humanos. No obstante, pese a la gran cantidad de instrumentos internacionales existen Estados que promueven el cierre de las fronteras y la criminalización de migrantes, contradiciendo los estándares de protección de las personas en movilidad humana.

A nivel internacional, por ejemplo, a través del derecho internacional de derechos humanos, el derecho internacional de refugiados, el derecho internacional de los apátridas, los instrumentos internacionales sobre trabajadores migratorios y sus familias, sobre la trata de personas y el tráfico de migrantes, se ha configurado un marco jurídico que los Estados deben importar a sus legislaciones internas.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es evidente la labor de la Comisión IDH y la Corte IDH para interpretar la CADH a la luz de los tratados internacionales de derechos que protegen a las personas en movilidad humana. Por ello, existe abundante doctrina de la Comisión IDH, y jurisprudencia de la Corte IDH que reconocen las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos de las personas en movilidad humana en igualdad de condiciones y sin discriminación.

¹⁸⁷ Corte IDH, “Caso Vélez Loor vs. Panamá”, párr. 208.

Capítulo tres

Movilidad humana en Ecuador

En este capítulo se analizará la labor realizada por la Corte Constitucional al momento de resolver casos sobre personas en contextos de movilidad humana en Ecuador. En primer lugar, se abordará la concepción de movilidad humana contenida en la Constitución de 2008, la Ley Orgánica de Movilidad Humana, y luego, se analizarán las sentencias en orden a los principios constitucionales y los estándares internacionalmente reconocidos sobre movilidad humana.

Es relevante este estudio sobre movilidad humana en Ecuador debido a que, en los últimos años, el país ha cambiado su realidad migratoria. Ha pasado de ser un país de emisión moderada de migrantes, a constituirse como el primer país de emigrantes de la región andina, enviando migrantes a Europa¹⁸⁸ y Estados Unidos. Asimismo, al Ecuador han llegado un número importante de personas migrantes en calidad de refugiados. Esto significa que Ecuador es, al mismo tiempo, un país de emisión, tránsito y recepción de migrantes.

En la Constitución de 2008 se reconocen derechos de movilidad humana y numerosos principios relacionados con las personas migrantes. Entre ellos se evidencia, en la historia constitucional, la evolución de la ciudadanía restringida hasta la ciudadanía universal, y el reconocimiento de la plurinacionalidad y la interculturalidad. Asimismo, se ha evolucionado en el enfoque de la gobernanza de la movilidad, pasando de un discurso securitista hacia un enfoque de derechos humanos, aunque el proceso de implementación presenta algunas vaguedades.

Para su pleno ejercicio la Constitución propone un sistema de garantías normativas, políticas públicas y jurisdiccionales, para el respeto, promoción y garantía de los derechos de las personas en movilidad humana. En adelante se desarrollarán los contenidos de la Constitución.

¹⁸⁸Uno de las razones para que el Ecuador haya cambiado su realidad migratoria es la crisis económico-financiera del año 1999.

1. Constitución y movilidad humana

La Constitución de 2008 reconoce al Ecuador como un país de “origen, tránsito, destino y retorno migratorio”. En su texto constitucional se han establecido 58 artículos, dentro de siete títulos, que tienen directa relación con la movilidad humana y que se corresponden con los estándares internacionales sobre derechos de las personas en movilidad.

En el título sobre derechos, se reconoce un acápite específico para los derechos de los migrantes y sus familias. Entre los derechos y principios que protegen a las personas en situación de movilidad están: el derecho a migrar, el principio de igualdad entre personas nacionales y de otras nacionalidades, la prohibición de discriminación por condición migratoria, el desarrollo del derecho al asilo, el principio de no devolución, la ciudadanía universal, el progresivo fin de la condición de extranjero, libertad de movimiento, entre otros.¹⁸⁹

El derecho a migrar¹⁹⁰ reconocido constitucionalmente constituye la superación de la doctrina de la securitización del Estado¹⁹¹ como forma de gobernanza de la migración, para trasladarla al campo de los derechos humanos. En efecto, como principio de aplicación de los derechos en la movilidad humana, se proscribire la discriminación que se fundamente en “la condición migratoria, lugar de origen o pasado judicial”¹⁹² por ello, en las actuaciones del Estado debe evaluarse la no vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Esto impide que se de un trato diferenciado negativo a las personas bajo la categoría sospechosa de condición migratoria, y da paso a la libre movilidad de las personas.

En ese sentido, el reconocimiento del derecho a la libre movilidad humana se relacionada estrechamente con el principio de ciudadanía universal, ello trae consigo, la implementación de varios mecanismos para proteger los derechos de las personas migrantes. El principio de ciudadanía universal trasciende la concepción de Estado

¹⁸⁹Ecuador Asamblea Nacional, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 40.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, art. 40.

¹⁹¹ Esta doctrina asume que se puede resolver el problema de la migración mediante la emisión de políticas que busquen cerrar las fronteras, y hacer cada vez más difícil el acceso a personas que no son nacionales de un Estado concreto.

¹⁹²Asamblea Nacional, “Constitución de 2008”, art. 11, núm. 2.

nación¹⁹³ y del principio de soberanía nacional, permitiendo un proceso de liberalización de las fronteras como una forma de garantía de derechos. Este enfoque se acompaña de la igualdad entre nacionales y personas migrantes “las personas extranjeras en el Ecuador tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo a la Constitución”¹⁹⁴ Aunque existen determinadas limitaciones relacionadas con el derecho a la propiedad y los derechos de participación.

Existe también el reconocimiento del principio de no criminalización de los migrantes y de la migración en sentido amplio. La Constitución expresa “no se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”. Esta propuesta representa un gran avance, dado que en otros países la condición de migrante irregular se constituye en delito, y en muchos de los casos las personas son susceptibles de ser privadas de la libertad.

En el texto constitucional se “prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros”¹⁹⁵, es decir, no es posible realizar procesos de deportación sistemática de extranjeros, los procesos legales de deportación deben realizarse de forma individualizada.

Asimismo, los derechos de las personas en movilidad están garantizados en las relaciones internacionales que debe mantener el Ecuador, dado que esa política de integración “propugna el principio de ciudadanía universal, libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjeros como elemento transformador de las relaciones desiguales entre países, especialmente Norte-sur.”¹⁹⁶

Adicionalmente, es posible la protección de las personas en movilidad a la sombra de los instrumentos internacionales que sobre esa materia existan, debido a que pueden ser aplicados de forma directa. Según la Constitución, “Los jueces y juezas, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.”¹⁹⁷

¹⁹³El Estado nación supone la construcción unitaria y unívoca del Estado, considerando que todos los que se encuentran dentro del territorio tienen la misma cultura y provienen de un mismo origen nacional.

¹⁹⁴ Asamblea Nacional, “Constitución de 2008”, art. 9

¹⁹⁵Ibíd., art. 66, núm. 14

¹⁹⁶Ibíd., art. 416, núm. 6 y 7

¹⁹⁷ Ibíd., art. 426

Esto significa que pueden ser aplicados recomendaciones de organismos internacionales, sentencias de órganos de protección de derechos que conforman el softlaw, debido a que la Constitución no se reduce a convenios o tratados.¹⁹⁸ En el caso ecuatoriano, es obligación de las autoridades aplicar el bloque de constitucionalidad, que además de reconocer los derechos de la Constitución, puede aplicar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.

Para el pleno ejercicio de los derechos y su materialización la Constitución ha reconocido un sistema de garantías, entre ellas, las garantías de políticas públicas, las normativas y las jurisdiccionales. Ellas permiten la efectivización de los derechos en la movilidad humana.

En adelante, se explicará de forma sucinta, la normas infraconstitucionales que regulan la movilidad humana, para luego revisar la labor de la Corte Constitucional al momento de analizar casos relacionados con los derechos en la movilidad humana.

2. Breve mirada a la normativa infra constitucional sobre movilidad humana

Pese al contenido garantista de protección de derechos de movilidad humana en la Constitución de 2008, hasta hace poco la movilidad humana estuvo regulada bajo normas que son regresivas en la promoción de derechos. En la legislación existía una dispersión normativa que no guardaba coherencia con el carácter integral de la movilidad humana contemplada en la Constitución. No es sino recientemente que se aprobó la *Ley Orgánica de Movilidad Humana* que reconoce los presupuestos constitucionales y los estándares internacionales de protección.

Las conocidas *Ley de Migración* y la *Ley de Extranjería* fueron promulgadas en 1971, para regular las cuestiones relacionadas con la movilidad humana. Éstas fueron elaboradas bajo las premisas de la doctrina de la soberanía y la seguridad nacional. Así también, el Decreto 1182 de 2012 regula el derecho a solicitar asilo en Ecuador. Todas ellas han sido apuntadas como restrictivas e inconstitucionales. Es decir, todas ellas se fundamentan en “la soberanía nacional, la seguridad del Estado, el orden público por sobre los derechos de la movilidad”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Véase: Ramiro Ávila, *El neo constitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: UASB, 2012), 63.

¹⁹⁹ Coalición por las Migraciones y el Refugio, “Contenidos básicos sobre movilidad humana, aportes para una normativa en Ecuador”, 4.

La Ley de Migración creó la policía de migración y le otorgó todas las facultades de control migratorio, entre las que se encuentran la capacidad de detener y aplicar medidas como la privación de la libertad a personas que se encuentran en una situación de movilidad. Por su parte, la ley de extranjería se fundamenta en el principio de selectividad de la migración al establecer tipos de visado que no se corresponde con los estándares de derechos humanos y la realidad migratoria en Ecuador.²⁰⁰

Asimismo, la promulgación de la Ley de Extranjería trajo consigo un sinnúmero de incertidumbres respecto a las limitaciones al ejercicio del derecho a la movilidad humana. En ella se previeron requisitos que no se encuentran establecidos en la Constitución y que restringieron el ejercicio del derecho a la movilidad humana. Lo cierto es que la promulgación de una Ley que autorizaba pedir requisitos para alcanzar la libre permanencia en el país para los ciudadanos extranjeros constituyó una restricción desproporcional, innecesaria e ilegítima, de conformidad a la Constitución.

Organismos internacionales veedores de la protección de derechos humanos se han expresado en contra de esas leyes. En relación, al Decreto 3301 que regula la aplicación del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, la Coalición por las Migrantes y el Refugio recomienda al Estado ecuatoriano “reformular o derogar las normas secundarias que contradicen la Constitución y los estándares internacionales de derechos humano; tomar en cuenta la posibilidad constitucional de no aplicar normas secundarias contradictorias aplicando los principios de interpretación de derechos.”²⁰¹

En el mismo sentido, el Comité de Naciones Unidas para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares:

El comité alienta al Estado parte a revisar aquellas leyes secundarias que no sean compatibles con la Constitución y los estándares internacionales de derechos humanos a fin de garantizar el pleno cumplimiento de éstos últimos. También recomienda que apruebe a la brevedad posible la Ley de Movilidad Humana que asegure, en la práctica, los derechos y principios reconocidos en la Constitución y en la Convención, incluyendo el principio de no discriminación.²⁰²

²⁰⁰ Ecuador Congreso Nacional, *Ley de Migración*, arts. 9, 10 y 11; Ecuador Congreso Nacional, *Ley de Extranjería*, arts. 9, 10, 11 y 12.

²⁰¹ Coalición por las Migraciones y el Refugio, “Informe alternativo sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares”, *Coalición por las Migraciones y el Refugio*, 2009, 12, <http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/Informes%20alternativos/Segundoinformealternativo-2010.pdf>.

²⁰² ONU Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus familiares, *Examen a los informes presentados por los Estados partes en virtud del art. 74 de la Convención*, 15 de diciembre de 2010, párr. 11-5, CMW/C/ECU/CO/2.

Para cumplir con tales recomendaciones y fortalecer la protección de los derechos de las personas en movilidad humana tal como lo ha previsto la Constitución, en Ecuador se promulgó a inicios del 2017 la Ley Orgánica de Movilidad Humana que recoge la concepción holística de movilidad humana y los estándares internacionales reconocidos, tal como lo veremos a continuación.

Esta ley regula el ejercicio de los derechos, obligaciones, institucionalidad y mecanismos vinculados a las personas en movilidad humana. Se detallan, también, los principios bajo los cuales se interpretarán las normas incluidas en la ley. Además, se incluyen definiciones para categorías importantes en pro de mejorar la interpretación de la misma.

Respecto a los derechos de las personas ecuatorianas en el exterior consagra el acceso a los planes, programas y proyectos en el exterior, envío y la recepción de remesas, confidencialidad, protección consular, a la información, identidad cultural ecuatoriana, salud, acceso a la justicia, participación política, solicitar la localización de familiares de ecuatorianos en el exterior extraviados o incomunicados, envío de bienes, servicios de registro civil e identidad, educación media, superior y acceso a becas en el exterior, asociación, acceso al DINARDAP²⁰³, seguridad social e identificación de vulnerabilidad.

El Estado ecuatoriano tutela desde los diferentes niveles de gobierno dentro de su jurisdicción, y puede hacerlos efectivos a través de misiones diplomáticas, oficinas consulares o dentro del mismo territorio del Estado, cuando los efectos de dichos actos deban ser generados y materializados en el país. ²⁰⁴

En relación a las “personas residentes”, existe una clasificación de las personas residentes, entendiéndolas como residentes temporales y permanentes. Respecto al residente temporal, la Ley lo define como aquella persona que por su condición migratoria ha sido autorizada para tener una estadía de dos años en el territorio ecuatoriano, residencia que solo pueden acceder quienes se encuentren dentro de las categorías del artículo 60, y quienes puedan cumplir con los requisitos del artículo 61 en la que se incluye un pago de tarifa fijada por la autoridad de movilidad humana. En cuanto a la residencia permanente, la ley la entiende como la condición migratoria que

²⁰³ Para conocer los datos revisar: Ecuador, “Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos”, accedido el 17 de noviembre de 2017, <http://www.datospublicos.gob.ec/>.

²⁰⁴ A lo largo de la Ley se desarrollan las funciones principales de las oficinas consulares, así como los derechos de las personas ecuatorianas retornadas y personas extranjeras en el Ecuador.

autoriza la estadía en el territorio nacional de manera indefinida al que acceden las personas que cumplan al menos una de las condiciones del artículo 63 y 64.

Respecto a los dos tipos de residencia, la Ley ha planteado que previo a su otorgamiento se deben cumplir con categorías, condiciones y requisitos, que pasan por factores profesionales, económicos y sociales, directrices que no son parte de la Constitución y que en consecuencia restringen el ejercicio del derecho a la movilidad humana a los ciudadanos extranjeros que se encuentran dentro del territorio ecuatoriano.

En la sección tres encontramos el “Refugio”, en donde su definición se da de conformidad a la declaración de Cartagena, Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, pese a no tener carácter de vinculante (conforme los pronunciamientos de la Corte Constitucional ecuatoriana), lo que hace efectivo el principio de derecho internacional *pro persona*, al interpretar de forma más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos

De lo anterior se anota que las normas constitucionales guardan coherencia con los estándares internacionales de protección de las personas en movilidad humana. La constitución recepta el concepto holístico de movilidad humana y todos los derechos y principios asociados a ese grupo humano. Incluso se reconoce el principio de la ciudadanía universal como la columna vertebral de la política migratoria.

Asimismo, la Ley Orgánica de Movilidad Humana que desarrolla el contenido de los derechos en la movilidad humana constitucionalmente reconocidos. En su gran mayoría recoge los estándares internacionales de protección de las personas en movilidad humana. Aunque ha sido fuertemente criticada por algunos contenidos que vulneran los estándares internacionales, por lo que actualmente está en conocimiento de la Corte Constitucional una acción de inconstitucionalidad de la ley.²⁰⁵

Por otra parte, en el campo penal, se protege a los migrantes al establecer como bienes jurídicos protegidos sus derechos, en la tipificación de infracciones en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en lo relacionado a los delitos contra el derecho a la igualdad, y el delito de odio. En el artículo 176, se reconoce la discriminación como un delito sancionado con uno a tres años de privación de libertad. El delito se agrava cuando es cometido por servidores públicos, es decir, la pena puede ir de tres a cinco

²⁰⁵Véase: Clínica Jurídica de la Universidad San Francisco de Quito, “Demanda de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Movilidad Humana”, *Universidad San Francisco de Quito*, 20 de diciembre de 2017, <http://www.misionscalabriniana.org.ec/sitio/wp-content/uploads/2017/12/Demanda-de-Inconstitucionalidad-a-la-Ley-de-Movilidad-Humana-presentada-a-la-Corte-Constitucional.pdf>.

años. Para ello deben establecer los elementos objetivos, tales como “propagación, práctica, incitación a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia (que no corresponda a acciones afirmativas) en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, entre otros aspectos.”²⁰⁶

En ese orden, el artículo 177 tipifica el delito de odio:

[...] actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.²⁰⁷

Por otra parte, a través de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad (CNI) y su Reglamento, se estableció la creación de un consejo especializado sobre movilidad humana. El objetivo era promover el respeto del principio de igualdad y no discriminación en el diseño normativo y en la ejecución de políticas públicas. Este Consejo ha tenido influencia en el diseño de políticas públicas.

3. Corte constitucional del Ecuador y movilidad humana

La Corte Constitucional es reconocida por la Constitución como el órgano encargado de administrar justicia constitucional y vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales²⁰⁸. Esa labor la lleva a cabo a través de la jurisdicción constitucional, que entre sus atribuciones, conoce garantías jurisdiccionales específicas y emite dictámenes sobre la constitucionalidad de tratados internacionales. Además, las sentencias de la Corte Constitucional, tiene fuerza vinculante para el ordenamiento jurídico, es decir, que son consideradas como fuente de derecho.

En este contexto, es relevante el análisis de las sentencias de la Corte que forman un cuerpo de jurisprudencia útil para el estudio del enfoque de derechos humanos en asuntos relacionados con la movilidad humana en Ecuador. Además, la Corte es la garante de la Constitución, y tiene la función de controlar y vigilar la interpretación de las normas constitucionales, en atención principio *pro persona*, a la luz de la

²⁰⁶ Ecuador Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, 10 de febrero de 2014, art. 176. Registro Oficial N° 180.

²⁰⁷ *Ibíd.*, art. 177.

²⁰⁸ Asamblea Nacional, “Constitución de 2008”, art. 40.

progresividad y no regresividad, entre otros principios constitucionales, y en el marco internacional de protección de los derechos humanos.

3.1. Decisiones constitucionales sobre movilidad humana en Ecuador

Se han recopilado las sentencias de la Corte Constitucional en las que se ha tratado el tema de la movilidad humana en el periodo 2009-2016. En concreto, la interpretación que ha realizado la Corte sobre las normas constitucionales que protegen a las personas en movilidad.

Entre las decisiones encontramos dictámenes de constitucionalidad de tratados internacionales, acciones extraordinarias de protección, acciones de inconstitucionalidad, y consultas de constitucionalidad. El análisis de las sentencias versará sobre la coherencia que éstas presentan con los estándares internacionales de derechos humanos recogidos en el capítulo dos.

En el cuadro que precede al análisis se muestra en orden cronológico el listado de sentencias sobre movilidad humana. En términos preliminares se puede observar que existen sentencias que tratan acerca del derecho al refugio, derecho a migrar y sobre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. En la Tabla se ha realizado una semaforización de los casos en donde se puede constar la Corte no garantizó los derechos consagrados a las personas en situación de movilidad humana. El análisis hará énfasis en estos últimos.

Tabla 2

Protección de los derechos en la movilidad humana por la Corte Constitucional

NÚMERO DE SENTENCIA	DERECHO ANALIZADO	TIPO DE ACCIÓN	RESULTADO DEL ANÁLISIS	
1	011-09-DTI-CC	Derecho a migrar / (principio de igualdad y no discriminación)	Dictamen de constitucionalidad sobre el Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano	Protege
2	002-10-SIN-CC.	Derecho a migrar / (principio de igualdad y no discriminación)	Acción de inconstitucionalidad de acto normativo	Protege
3	042-10-DTI-CC	Derecho a migrar	Dictamen de constitucionalidad del Estatuto migratorio entre la República del Ecuador y el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela	Protege
4	013-11-DTI-CC	Derecho a migrar	Dictamen de constitucionalidad del Acuerdo entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la Federación de Rusia sobre las condiciones de supresión de las formalidades de visado en viajes mutuos de los ciudadanos de la República del Ecuador y de los ciudadanos de la Federación Rusa	Protege
5	147-12-SEP-CC	Derecho al refugio	Acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de habeas corpus propuesta por Karamo Fofana	No protege
6	021-13-DTI-CC	Protección contra la Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes	Dictamen de constitucionalidad sobre Memorando de entendimiento entre la República de Ecuador y la República de Guatemala sobre el combate al Tráfico de Migrantes y protección de víctimas	Protege
7	020-13-DTC-CC	Derecho a migrar	Dictamen de constitucionalidad sobre el Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile	No protege
8	029-13-SCN-CC	Derecho al refugio	Consulta de constitucionalidad de norma sobre refugio	No protege
9	002-14-SIN-CC	Derecho al refugio	Acción de inconstitucionalidad del Decreto 1182 que regula la forma de obtener el Estatus de Refugiado en Ecuador (14 de agosto del 2014)	Protege
10	171-15-SEP-CC	Derecho al refugio	Acción extraordinaria de protección contra sentencia de acción de habeas corpus propuesta por Ota John (27 de mayo del 2015)	No protege
11	001-15-DTI-CC	Protección contra la Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes	Dictamen de constitucionalidad del Acuerdo marco de cooperación bilateral en asuntos migratorios entre los gobiernos de la República del Ecuador y de la República de El Salvador	Protege
12	090-15-SEP-CC	Derecho al refugio	Acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de la acción de protección propuesta por Alberto García Martínez	Protege

Fuente: Corte Constitucional
Elaboración propia

Se puede apreciar con alguna singularidad que algunas de las sentencias analizadas no protegen los derechos en la movilidad humana, inobservando la Constitución y los instrumentos internacionales en esta materia. Otras se apegan a un análisis bastante formalista que impide la interpretación razonada y dinámica para la protección de los derechos.

Aunque en la tabla 3 se muestra las sentencias de forma cronológica, seguidamente mostramos el análisis de las sentencias desde aquellas en las que no se protege los derechos relacionados con la movilidad humana hasta las sentencias en las que existe una efectiva garantía de esos derechos.

1. Acción extraordinaria de protección contra sentencia de acción de habeas corpus propuesta por Ota John²⁰⁹

Esta sentencia es el resultado de la acción de acción extraordinaria de protección propuesta en contra de la sentencia de la acción de hábeas corpus propuesta por Ota John, privado de libertad en el Aeropuerto Mariscal Sucre. El accionante afirma que tiene la certificación de ser solicitante de refugio, y que a la fecha de la detención se encontraba en curso el proceso extraordinario de revisión.

La detención se ejecutó luego de que se comprobara que estaba indocumentado, y se inició el trámite de deportación por parte del juez de contravenciones. Ante ello, se propuso la acción de hábeas corpus que fue negado en primera y en segunda instancia. La Corte Provincial afirmó que “no tiene solicitud ni condición de refugiado” y por lo tanto es adecuada la deportación.

En ejercicio de la acción extraordinaria de protección²¹⁰, el señor Ota Jhon, de nacionalidad nigeriana, conjuntamente con su abogada Kety de los Ángeles Castro Tituaña, asesora Jurídica de la Casa de Movilidad Humana del Distrito Metropolitano de Quito presentaron un demanda de acción extraordinaria de protección contra del auto

²⁰⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 171-15-SEP-CC, Caso No. 0560-12-EP, 27 de mayo de 2015. Juez Ponente: Dr. Alfredo Ruiz Román.

²¹⁰ Asamblea Nacional, “Constitución de 2008”, art. 94: “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

expedido por la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, bajo el argumento de vulneración del derecho constitucional establecido en el artículo 66, numeral 14 en el que se establece que las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expuestas a un país, donde su vida, libertad o seguridad peligren por causas relacionadas con etnia, religión, nacionalidad, ideología, así como la vulneración al derecho a la seguridad jurídica.²¹¹

A. Seguridad jurídica

La Corte analiza el contenido del principio de seguridad jurídica y lo relaciona con el rechazo de la acción de hábeas corpus presentada por el accionante. En el proceso se desconoció que el ciudadano había propuesto el recurso extraordinario de revisión en el procedimiento de la solicitud de refugio.

La Corte evalúa el contenido del *Reglamento de aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967*, en el que se establece que se puede deportar a una persona inclusive cuando presente un recursos extraordinario de revisión en tanto que no ha recibido la condición de refugiado en Ecuador.

En efecto, el proceso de deportación inició luego de que el ciudadano presentará el recurso extraordinario de revisión. La Corte afirma que los jueces han aplicado normas constitucionales, legales y reglamentarias por lo que no existe detención ilegal, arbitraria o ilegítima. El recurso de apelación presentado fue por la autoridad competente y el trámite del recurso extraordinario de revisión planteado por el accionante no impide que este sea deportado.

Según la revisión de las certificaciones de la Dirección de Refugio se menciona que la Corte Provincial,

[...] al advertir que el accionante no goza de calidad de solicitante de refugio ni de refugiado, determinaron que: [...] el proceso de deportación es legal y no existe privación de la libertad, detención ilegal, arbitraria o ilegítima que pueda haber vulnerado derechos y garantías constitucionales, o que se haya demostrado que está en peligro la vida o la integridad física de la persona privada de la libertad, presupuestos indispensables para que prospere la presente acción de garantías constitucionales.²¹²

²¹¹ Asamblea Nacional, “Constitución de 2008”, art. 82.

²¹² Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 171-15-SEP-CC”, 15.

Esta sentencia, se dictó pese a que el ciudadano solicitante de refugio había mencionado que salió de la Península de Basaki debido a la violencia existente en Nigeria, y el ataque constante por parte de los musulmanes a los cristianos.

B. Vulneración del principio de no devolución por parte de la Corte

Al desconocer el precedente constitucional 002-14-SIN-CC la Corte vulneró el derecho al refugio y el principio de no devolución que tenía el ciudadano Ota John, en tanto que legitimó el proceso de deportación que se llevaba a cabo contradiciendo las normas constitucionales y los estándares internacionales sobre protección de las personas en situación de movilidad.

Se vulneró el principio de no devolución toda vez que no se reconoció la extrema vulnerabilidad en la que se encontraba el ciudadano Ota John, y al aceptar como constitucionalmente válido el proceso de deportación se lo puso en un potencial peligro a la vulneración de sus derechos humanos a la vida, la integridad, la libertad, entre otros.

A. Análisis

En esta decisión la Corte acepta que la deportación se produjo en orden a las normas constitucionales y legales. No obstante, se evidencia que existe una vulneración de la obligatoriedad del precedente, en tanto, que en la sentencia 002-14-SIN-CC se estableció que el artículo del Reglamento aplicado en el caso del ciudadano Ota John era inconstitucional. En esa sentencia se manifestó que:

Por lo expuesto la disposición jurídica en referencia efectivamente vulnera el principio constitucional que garantiza la no devolución de un solicitante de refugio cuando aún no se ha decidido definitivamente su situación jurídica, poniendo en riesgo la libertad o vida de una persona [...] Por las razones expuestas, la Corte Constitucional cree oportuno adecuar la constitucionalidad del artículo 50, disponiendo la eliminación del segundo inciso.²¹³

Es evidente, por lo tanto, que la Corte Constitucional desconoció su propio fallo y con ello vulneró los derechos de los refugiados en Ecuador, al mismo tiempo que

²¹³ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 002-14-SIN”, 61.

vulneró el principio de la obligatoriedad del precedente constitucional establecido en la Constitución y en la LOGJCC. La Corte no produce una línea jurisprudencial, antes emite jurisprudencia que es contradictoria, y al mismo tiempo, regresiva en la promoción y protección de derechos.

La Corte debía considerar que la jurisprudencia es fuente de derecho, y por lo tanto, el fallo debía estar fundamentado en sus precedentes. De esa forma, por una parte, se protegía los derechos constitucionales, y por otra se afianzaba la seguridad jurídica. De esa forma, al no reconocer sus sentencias, y crear una jurisprudencia contradictoria se afecta la seguridad jurídica, en tanto, que abre un escenario en el que en cada sentencia se puede decidir de cualquier forma, incluso de forma regresiva en relación a los derechos.²¹⁴

La Corte en este caso, vulnera los derechos de los refugiados, e incluso los principios de interpretación de la Constitución.²¹⁵ Los derechos de los refugiados porque no siguió las directrices para beneficiar al ciudadano Ota John con el principio de no devolución según las normas internacionales. Además con el análisis formalista de la sentencia lo que ocasionó fue la aplicación ciega de la ley, desconociendo los principios de interpretación integral, por persona. Esto porque obvió revisar la situación de especial vulnerabilidad en la que se encontraba el ciudadano, y se centró en la aplicación directa del Reglamento.

Una interpretación integral, *pro homine* de los hechos y de las normas hubiese permitido presumir que el ciudadano cumplía con los requisitos para obtener el estatus de refugiado. La Corte debía considerar que el ciudadano nigeriano estaba huyendo de la pobreza y las olas de violencia en su país de origen, es decir, debía analizar el proceso de solicitud de refugio, toda vez que, según ha expresado la Corte IDH, “el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención.”²¹⁶

El análisis a través del control de constitucionalidad del proceso de solicitud de refugio hubiese podido determinar que las autoridades administrativas vulneraron los derechos en la movilidad humana del ciudadano nigeriano. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha mencionado que:

²¹⁴Diego López, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2002), 139-260.

²¹⁵Asamblea Nacional, “Constitución de 2008”, art. 427.

²¹⁶ Corte IDH, “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, párr. 358

[...] el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.²¹⁷

Ello evidencia el desconocimiento de los preceptos constitucionales, y deja como resultado una jurisprudencia contradictoria, y una Corte de manos atadas que sigue pensando en el formalismo jurídico como tradición jurídica dominante.

2. Acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de habeas corpus propuesta por Karamo Fofana.²¹⁸

La decisión es el resultado de la acción extraordinaria de protección interpuesta por el señor Karano Fofana, de Guinea, en contra de la sentencia de habeas corpus, en la que se declara su detención como ilegal, ilegítima y arbitraria, pero no se determina una reparación integral a la afectación causada.

El accionante fue detenido y sentenciado a 1 año de prisión por portar un pasaporte falsificado, que le habían entregado en Senegal. Afirma que había salido de su país de nacimiento porque huía de la tortura y masacre que había sufrido su familia. Durante el procedimiento, solicitó la condición de refugiado que le fue otorgada, por lo que, la sentencia de 1 año perdió su efecto.

A. Concepto de movilidad humana y refugio

Para responder la Corte Constitucional establece las normas constitucionales que reconocen la movilidad humana como derecho constitucional, y establece que el refugio es un derecho reconocido en Ecuador.

La Corte enfatiza en la concepción holística de movilidad humana prevista en la Constitución de 2008, y describe que la migración es una situación de todo ser humano y que por lo tanto, el denominar como ilegal a un migrante es discriminatorio. En ese

²¹⁷ Corte IDH, “Caso Vélez Loor Vs. Panamá”, párr. 143.

²¹⁸ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 147-12-SEP-CC, CASO No. 1759-10-EP, 17 de abril de 2012. Juez Ponente: Dr. Remando Morales Vinuesa.

sentido reconoce los derechos de los refugiados en la Constitución.²¹⁹ Señala que del artículo 41 de la Constitución se puede desprender cuatro elementos para entender los derechos de los refugiados, a saber: “a) La protección especial a los derechos de asilados y refugiados; b) La garantía de no devolución, asistencia humanitaria y jurídica emergente para asilados y refugiados; e) La no penalización por la irregularidad de entrada o permanencia en el país a los solicitantes de asilo o refugio; d) La posibilidad de reconocer refugio colegiado.”²²⁰

Advierte que la disposición constitucional reconoce el principio de la no criminalización de migrantes prevista en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados²²¹ que prohíbe que se impongan sanciones penales a los migrantes irregulares que lleguen a los Estados, antes bien deben brindar las condiciones para que tales personas adecuen su situación migratoria.

Por ello, la Corte afirma que se ha eliminado la condición de ilegal de la Constitución porque afecta la condición natural de migrante que tienen los seres humanos.²²² Reviste especial atención los refugiados, dentro de la concepción de movilidad humana debido a que son ellos los que mayormente ven afectados sus derechos, sin dejar de mencionar los apátridas.

B. Obligación de los jueces de dictar reparación

La Corte analiza la situación de los jueces en el paradigma constitucional implementado con la Constitución de 2008 y recuerda que estos tienen obligaciones respecto de los derechos constitucionales, más aun cuando son los encargados de resolver las garantías jurisdiccionales que llegan a su conocimiento.

En esos casos, los jueces deben interpretar las normas constitucionales y verificar si existe la vulneración de derechos constitucionales, y en tales casos deben dictar la reparación de los daños ocasionados, según lo expresa la Constitución, las autoridades judiciales deben “ordenar la reparación integral material e inmaterial, y

²¹⁹ Asamblea Nacional, “Constitución de 2008”, art. 41.

²²⁰ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 147-12-SEP-CC”, 6.

²²¹ ONU, “Convención sobre el Estatuto de Refugiados”, art. 31, núm. 1.

²²² Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 147-12-SEP-CC”, 8.

especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias en que deban cumplirse.”²²³

Reconoce que existen diversas formas de reparación y que cada daño debe ser reparado con una medida según lo establece la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional²²⁴, así por ejemplo, compensación económica, restitución, rehabilitación, garantías de no repetición y medidas de satisfacción. La Corte expresa que:

[...] en el caso de vulneración del derecho a la libertad, la medida más idónea para la restitución del derecho, como medida de reparación, es precisamente disponer su libertad; y si existiesen otras consecuencias provenientes de la privación de la libertad, podrían disponerse otras medidas que se consideren pertinentes aplicándolas al caso en concreto.²²⁵

C. Reparación integral por la vulneración de derechos

La Corte afirma que en el caso analizado no existió vulneración al derecho al debido proceso y por lo tanto a la reparación integral de los daños. Lo sustenta en que el Sr. Fofana no tenía la intención de quedarse en el país, pues su destino era solicitar refugio en Canadá, no obstante, acepta que fue detenido ilegítimamente y que permaneció 8 meses encerrado injustificadamente.

[...] el señor Fofana solicitó el refugio en el Ecuador solo cuando quiso salir del país y se constató que portaba un pasaporte falso, pretendiendo utilizar al Ecuador como medio de paso a otro país en el que solicitaría refugio, estima que en este caso no proceden otras medidas de reparación, por lo que tampoco encuentra vulneración al derecho de reparación en la sentencia de hábeas corpus impugnada en esta acción.²²⁶

Es decir, la Corte afirma que no es necesario dictar otras medidas de reparación toda vez que el Sr. Fofana intentó convertir al Ecuador en un medio de paso, y que para ello había cometido un acto delictivo al portar un pasaporte falso, inclusive cuando se hizo notar que las condiciones de su país de origen le obligaron a tomar esa decisión debido a que sus derechos se vieron afectados por las olas de violencia y pobreza.

²²³ Asamblea Nacional, “Constitución de 2008”, art. 86, numeral 3.

²²⁴ Asamblea Nacional, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, art. 18.

²²⁵ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 147-12-SEP-CC”, 9.

²²⁶ *Ibíd.*, 11.

D. Análisis

Esta sentencia procede de uno de los primeros casos que conoce la Corte Constitucional a través de acción extraordinaria de protección, luego de emitida la Constitución de 2008. En esta es evidente que se analiza la movilidad humana desde el enfoque de los derechos humanos, no obstante, existe una limitante para dictar la reparación, y por lo tanto, se desconoce los estándares establecidos internacionalmente en materia de refugiados.

Si bien es cierto se establece la concepción holística de movilidad humana y la obligación de los jueces de reparar cuando se verifiquen daños en procesos de garantías constitucionales. La Corte en su análisis presenta una contradicción, por un lado, menciona que en casos de detención ilegítima la reparación es la libertad inmediata, y en algunos casos se puede dictar otras medidas de reparación por daños colaterales sufridos; mientras que por otro lado, afirma que la prisión por 8 meses de forma injustificada no constituye una vulneración del derecho a la libertad y otros derechos conexos.

El argumento de la Corte se dirige a afirmar que los ocho meses de detención fueron por el cometimiento de un ilícito penal, contradiciendo lo establecido en la Constitución y en los estándares internacionales de derechos sobre movilidad humana y refugiados, en concreto, los que prohíben la criminalización de migrantes. Tal prohibición se encuentra establecida en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, que propone la proscripción de establecer sanciones penales a los migrantes que ingresan ilegalmente a un Estado, se prohíbe también la restricción a la libertad de circulación; en lugar de sanciones el Estado por no brindar un plazo razonable para que los refugiados que no logran obtener su condición de refugiado lo obtenga en otro Estado.²²⁷

En ese sentido, el argumento de la Corte sobre considerar al Ecuador un país de tránsito y por lo tanto, la no obligatoriedad de respetar y garantizar el derecho al refugio contradice los instrumentos internacionales que obligan a que se de las condiciones adecuadas a los refugiados para que alcancen su destino sin que sean vulnerados sus derechos. Así, la Corte IDH se ha pronunciado:

²²⁷ ONU, “Convención sobre el Estatuto de Refugiados”, art. 31.

[...] no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. El respectivo Estado debe, en toda circunstancia, respetar tales derechos puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana, es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular.²²⁸

Era obligación constitucional que las autoridades y jueces a nivel nacional apliquen el bloque de constitucionalidad que reconoce los derechos en la movilidad humana en los casos concretos. Los jueces debían aplicar los principios de aplicación de los derechos previstos en el artículo 11 de la Constitución, entre los que se cuentan: el numeral 2 menciona que nadie podrá ser discriminado por su condición migratoria, el numeral 4 *ibídem* menciona que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, así como el numeral tercero *ibídem* señala que para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

La Corte IDH, en efecto hace notar que los Estados deben tratar a las personas en movilidad, de acuerdo al estándar *pro homine*, es decir que no es tan relevante la situación de nacionalidad de una persona sino su situación de persona humana. En cualquier caso, deben tratar de respetar los derechos para proteger la dignidad humana de la persona que solicita refugio.

3. Consulta de constitucionalidad de norma sobre refugio²²⁹

Esta sentencia se emitió dentro de la consulta de constitucionalidad de las normas contenidas en la Ley de Migración. Dentro de un proceso de deportación, la jueza de contravenciones, decidió suspender el proceso de deportación del señor Aristil Suyué de nacionalidad haitiana, quien se encontraba en Ecuador alegando que buscaba reunirse con su familia de Haití, que se hallaban en el país con la condición de refugiado

²²⁸ Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, párr. 62.

²²⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 029-13-SCN-CC, Caso No. 0447-12-CN, 14 de mayo de 2013. Juez Ponente: Dra. María del Carmen Maldonado.

luego del terremoto suscitado en su país de origen.²³⁰ La jueza le ofreció un plazo de 90 días para que legalice su situación migratoria.

A. Unidad familiar

Es claro que en este caso, la jueza de contravenciones, dudo sobre la constitucionalidad de las normas de la Ley de Migración y por ello, envió la consulta de constitucionalidad a la Corte. Además el caso, ameritaba un análisis más allá de la formalidad de la ley, toda vez que se buscaba la unidad familiar de personas que habían sido gravemente afectadas por el terremoto de Haití del año 2010.

En este caso, es evidente la aplicación de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados que les da el derecho a los refugiados a la unidad familiar.

B. Requisitos de la consulta de constitucionalidad

La Corte negó la consulta de constitucionalidad, dado que no cumplía con los requisitos establecidos en la LOGJCC y la jurisprudencia por ella emitida en años anteriores. Entre los requisitos estaban la determinar los principios y reglas que se presumen infringida con claridad y precisión, y la explicación y fundamentación de la relevancia de la norma para la decisión del caso concreto.²³¹

La Corte sin analizar las cuestiones de fondo emitió sentencia inadmitiendo la consulta de constitucionalidad. Esto puede parecer una acción arbitraria y discrecional por parte de la Corte, la misma que debía analizar la situación de la persona que iba a ser objeto de la deportación, y podría haber pedido que se complete la solicitud de consulta, para determinar sobre la constitucionalidad o no de la permanencia en el país del ciudadano haitiano.

C. Análisis

²³⁰ Ecuador, Presidencia de la República, *Decreto 248*, Registro oficial 135 del 23 de febrero de 2010.

²³¹ Asamblea Nacional, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, art. 142.

En el Ecuador se estableció un control concentrado de constitucionalidad, es decir, que la declaración de constitucionalidad depende únicamente de la Corte Constitucional como órgano encargado de vigilar y controlar la vigencia de la Constitución. En los casos en los que los jueces de la jurisdicción ordinaria tengan una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma, deben suspender el proceso y elevar en consulta de constitucionalidad a la Corte para que verifique si es inconstitucional o no.

No obstante, en este caso, la Corte se quedó en el análisis de las cuestiones formales, sin dimensionar la importancia que tendría consigo, en el año 2012, la interpretación de las normas constitucionales sobre movilidad humana, y más concretamente sobre refugio en Ecuador. Con ello se evidencia que vulnera el principio de no sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades.²³² Incluso, la propia Corte ha mencionado que:

[...] el sistema procesal [...] conjunto de reglas que sirven para toda la tramitación de una controversia judicial, que permita hacer realidad la justicia. En este sentido, para el cumplimiento de este objetivo, las normas procedimentales han establecido una serie de principios que permiten optimizar este servicio que proporciona el Estado a las personas, para resolver los conflictos, desterrarlas iniquidades e injusticias, equilibrar las fuerzas sociales, todo ello con el fin de lograr la paz, que permita el desarrollo y progreso de todos. Dentro de estos principios está aquel que dispone que: "No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades". La norma, en toda la extensión de su contenido, debe ser observada, antes que cualquiera otra secundaria, por todo juzgador [...] ²³³

Así, se evidencia que la Corte Constitucional de forma arbitraria niega la consulta de constitucionalidad, sin pronunciarse sobre la necesidad de completar la consulta de constitucionalidad, y con ello dejando en la incertidumbre sobre el sentido de las normas constitucionales que reconocen el derecho de los refugiados en Ecuador.

La labor de los jueces de la Corte Constitucional hubiese sido efectiva y garantista si a pesar de todo, en virtud al principio pro homine, hubiesen analizado los hechos de forma holística integral, con ello hubiesen tenido las bases para decidir de oficio y corregir las falencias en la proposición de la consulta en las que incurrió la jueza de primera instancia. Ello hubiese permitido además de garantizar de forma efectiva el derecho al refugio, la unión familiar, dignidad e integridad personal.

²³² Asamblea Nacional, "Constitución de 2008", art. 169.

²³³ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 108-12-SEP-CC, Caso N°0644-09-EP, 08 de marzo de 2012, 12. Juez Ponente: Dr. Alfonso Luz Yunes.

4. Dictamen de constitucionalidad sobre el Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile²³⁴

La decisión trata el pronunciamiento de la Corte respecto de la suscripción del Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile. Se analiza en concreto el Acta de Adhesión del Ecuador del 29 de junio de 2011.

Al revisar la inconstitucionalidad por la forma no encuentra vicios. Respecto del fondo hace algunas puntualizaciones, pero termina identificando que no existen inconstitucionalidades.

A. Principio de igualdad y no discriminación

El tratado afirma que para obtener la residencia temporaria en cualquiera de los Estados parte, es necesario que se presenten los certificados de no poseer antecedentes penales, certificados médicos, entre otros.

Esto es visto por la Corte como una limitación a los derechos de libre movilidad y ciudadanía universal, pero afirma que son legítimas dado que buscan protección de derechos de las personas como medio ambiente sano, vida libre de violencia, y políticas de seguridad. Es decir, que las restricciones a la libre movilidad se justifican en tanto se garantiza la paz, la seguridad, el orden y bien público. Por tanto, aquellas no afectan a la Constitución.

B. Obligación de adecuar el derecho interno

La Corte afirma que la Asamblea debe adecuar la normativa interna a fin de ajustarse a lo expresado en el tratado²³⁵. Para ello debe modificar los procesos de solicitud de visado, y entre ello establecer los requisitos propuestos en el tratado.

²³⁴ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 020-13-DTI-CC, Caso No. 0029-11-TI, 17 de julio de 2013. Juez Ponente: Dr. Manuel Viteri Olvera.

²³⁵ Sin embargo, el órgano legislativo adecuará la normativa interna a las disposiciones convencionales analizadas, a fin de garantizar los derechos de los inmigrantes que soliciten residencia en el Ecuador.

En relación a la deportación cuando se vence el plazo, la Corte asume que esto está de acuerdo con la normativa interna, en concreto la Ley de Migración. Asumen también que las normas del tratado relativas a la protección de las familias migrantes, la prohibición de empleo ilegal de migrantes, el principio pro persona, los tributos de los migrantes comerciantes son constitucionales.

C. Análisis

La sentencia contradice el dictamen de constitucionalidad emitido en el año 2009, dado que en esa sentencia consideraba como discriminatorio el solicitar antecedentes penales para obtener la regularización, en tanto que afectaba el principio de igualdad y no discriminación.

En este caso, la sentencia toma las referencias del derecho internacional de refugiados para considerar que se puede limitar el derecho a migrar por cuestiones de seguridad nacional, orden social, entre otros. De esa forma, la Corte no crea líneas jurisprudenciales, antes más bien crea jurisprudencia contradictoria que afecta los derechos de las personas en movilidad humana. Más aún cuando no se ha establecido limitaciones en el ordenamiento internacional para el otorgamiento de residencia, esa potestad ha sido reservada al Estado.

Más aun cuando la Corte Constitucional se ha coludido con el poder de turno, y en ese lógica, busca acreditar y legitimar las políticas estatales de securitización del Estado, es decir, crea un escenario en donde es difícil la independencia de la Corte respecto de los demás poderes del Estado.

5 Acción de inconstitucionalidad del Decreto 1182 que regula la forma de obtener el Estatuto de Refugiado en Ecuador²³⁶

Esta decisiones el resultado de la acción de inconstitucionalidad propuesta en contra del Decreto 1182 que aprueba el “Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República,

²³⁶Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 002-14-SIN-CC, Caso No. 0056-12-IN y 0003-12-IA acumulados, 14 de agosto de 2014. Juez Ponente Dra. Ruth Senipinoargote.

las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967”.

Se acumularon dos casos:²³⁷ En el primero se alega que el Decreto 1182 vulnera algunos derechos constitucionales e instrumentos internacionales, tales como: el proceso de deportación, la definición de refugiado, la proporcionalidad de los plazos de solicitud de refugio, el principio *non bis in ídem* en el proceso de revocatoria de la condición de refugiado. En el mismo sentido en el otro caso se argumenta que se ha vulnerado el principio de reserva de ley y los derechos políticos de los solicitantes de refugio y de los refugiados.

En adelante exponemos los argumentos emitido por la Corte en temas concretos relacionados con los refugiados como personas que se encuentran en contextos de movilidad humana.

A. Reserva de ley para asuntos relacionados con los derechos en la movilidad humana

La Corte evalúa los argumentos de las partes en relación al principio de reserva de ley, a través del control formal de constitucionalidad. En concreto la Corte evalúa si el Decreto 1182 vulnera el principio de reserva de ley. Empieza señalando que es competencia del Presidente de la República emitir Decretos, establecida tanto en la Constitución como en el ERJAFE. Asimismo menciona que “no todos los derechos deben ir regulados por ley orgánica” tal es el caso, según la Corte, del Código de Trabajo que regula el derecho al trabajo, o el Código Civil que regula el derecho a la propiedad.

Para la Corte, es posible que a través de un Reglamento se regule los derechos establecidos en la ley y en los tratados internacionales. Por ello, afirma que no existe inconstitucionalidad formal por parte del Decreto 1182, debido a que:

[...] la norma jurídica acusada de inconstitucional no regula de forma general el contenido y alcance del derecho al refugio, sino que coadyuva a asegurar su pleno ejercicio sin que tal situación vulnere el principio de reserva de ley, al establecer requisitos básicos para la configuración de la condición de refugiada o refugiado,

²³⁷ Uno de los casos propone acción de inconstitucionalidad de actos normativos, y otro, acción de inconstitucionalidad de actos administrativos. La Corte sin expresarse al respecto los acumula en un solo proceso.

complementando de tal forma la regulación que corresponde a la Ley de Extranjería en relación a la situación de los extranjeros residentes en el Ecuador.²³⁸

En criterio de la Corte, el Reglamento emitido mediante el Decreto 1182 para regular el estatuto de refugiado en Ecuador lo que provoca es llenar un vacío respecto al contenido del derecho al refugio, siendo complementario con la Ley de Extranjería. Aunque esto evidentemente contradiga lo establecido en la Constitución, en tanto que obliga a que las cuestiones relacionadas con la regulación de los derechos constitucionales sean tratadas a través de leyes orgánicas, incluso porque dentro del reglamento se incluyen restricciones para otorgar el estatuto de refugiado. Además en la CADH se establece que las limitaciones a los derechos, entre otras cosas, deben cumplir con estar establecidas en una ley²³⁹; es decir, en el Reglamento para la obtención del Estatuto de Refugiado se establece los procesos de solicitud de refugio, y entre otras cosas, se propone situaciones en las que es posible la restricción del derecho al refugio. Aquella restricción debía establecerse a través de una Ley.

No obstante, actualmente el Reglamento ha sido derogado por la Ley Orgánica de Movilidad Humana en la que se regula el contenido del derecho al refugio y las condiciones para obtener el estatus de refugiado en Ecuador.

Sin embargo, el dictamen favorable de constitucionalidad permitió que siga vigente y que regule los procesos de solicitud de refugio durante varios años. Incluso de ser tomado como referencia para la lectura de casos ventilados ante la Corte Constitucional, con el criterio de que no podrá alegarse falta de norma para la vulneración de derechos constitucionales.²⁴⁰

B. Principio de igualdad y no discriminación

El análisis del principio de igualdad y no discriminación hace parte del control material de constitucionalidad. La Corte evalúa si los plazos establecidos en el Reglamento para la condición del estatuto de refugiado están acorde con el principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 11, núm. 2 de la Constitución. En concreto se evalúa los plazos previstos para admisión de solicitudes, presentación de

²³⁸ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 002-14-SIN-CC”, 37.

²³⁹Esto ha sido discutido ampliamente por la jurisprudencia de la Corte IDH especialmente cuando se trata de restringir derechos como la libertad de expresión o a la propiedad comunal.

²⁴⁰ Asamblea Nacional, “Constitución de 2008”, art. 11, núm. 3.

recursos e interposición de recursos de apelación, para contrastarlos con los plazos establecidos en el procedimiento administrativo común, y con los plazos establecidos en la Ley de Migración y Ley de Extranjería.

La Corte observa que existe una vulneración al principio de igualdad en tanto que los plazos previstos en el Reglamento son menores a los establecidos en el ERJAFE sobre el procedimiento administrativo y en la Ley de Extranjería y Ley de Migración. Por tanto, la Corte concluye que no existe un fin constitucionalmente válido que justifique la diferencia de trato en uno y otro procedimiento. La diferencia radica en que, por un lado, para interponer un recurso en el procedimiento de solicitud de la condición de refugiado existe el plazo de 3 días, mientras que en el recurso administrativo ordinario se da el plazo de 15 días; por otro lado, el plazo para la apelación de 5 días diverge de lo establecido en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva —en adelante ERJAFE—. Asimismo, se evalúa el plazo para que las personas puedan interponer la solicitud de refugio, únicamente hasta 15 días posteriores del ingreso al país, contrario a lo que se establece para el resto de migrantes.

[...] vale insistir en la afectación a la igualdad cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; en tanto, no parece justificarse la concesión de un corto plazo de estadía en el territorio ecuatoriano para quien pretende acogerse al derecho al refugio, en comparación de los tres meses que el numeral 9 del artículo 12 de la Ley de Extranjería concede a los visitantes temporales con fines lícitos para permanecer en territorio nacional.²⁴¹

La Corte propone argumentos que se corresponde con los estándares internacionales sobre la igualdad y no discriminación de las personas en movilidad. Asume que es posible hacer un trato distintivo entre extranjeros y nacionales o entre las diferentes categorías de migrantes como lo menciona la Corte IDH²⁴², asumiendo que no todo tratamiento que es distintivo es discriminatorio, debido a que se puede hacer un trato jurídico diferente debido a la desigualdad de los grupos humanos. Incluso el Tribunal de derechos humanos de Europa se ha pronunciado, en concordancia con lo establecido por la Corte IDH, para concluir que el trato distintivo es discriminatorio cuando carece de una justificación objetiva y razonable.²⁴³

²⁴¹ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 002-14-SIN-CC”, 48.

²⁴² Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”.

²⁴³ TEDH, “Willis c. Reino Unido”, párr. 39.

En orden a esos argumento observa que no existe una justificación objetiva y razonable para que exista una diferencia en los plazos y términos en el proceso de la solicitud de refugio, lo que atenta contra el artículo 11 de la Constitución y los estándares establecidos por la Corte IDH. Por ello, la Corte acepta la inconstitucionalidad y ordena adecuar los plazos.

En el caso del plazo para solicitar refugio luego de ingresar al país, la Corte analiza la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas en condición de refugiados. “[N]o se considera tampoco la forma abrupta y traumática de ruptura espacio-temporal que enfrentan las personas que por fundados temores a ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, etc., no quieren o no pueden acogerse a la protección de su Estado.”²⁴⁴

En ese contexto, la Corte rescata que las personas en movilidad humana hacen parte de un grupo de atención prioritaria²⁴⁵ que merece una tutela reforzada por parte de las autoridades, en tanto que un trato desigual afecta gravemente su situación vulnerando otros derechos conexos.

En efecto la Corte ordena que se modifique los artículos del reglamento para que estén en igualdad con los plazos establecidos en el ERJAFE (para impugnar en el procedimiento de solicitud de refugio) y en la Ley de Extranjería (para solicitar la condiciones de refugiado).

De lo expuesto, es notable que los argumentos de la Corte Constitucional se ajustan a lo previsto en la Constitución y en los estándares internacionales de movilidad humana sobre el trato en igualdad y sin discriminación.

C. Ampliación de la definición de refugiado

La Corte centra su análisis en la definición de refugiado establecida en el Reglamento y argumenta que aquella contradice lo establecido en la Constitución sobre la aplicación directa de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. La definición establecida en el Reglamento recoge lo establecido en la Convención de Viena de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado, no obstante, existe otros instrumentos como la Declaración de Cartagena de 1984 que ampliaron la definición de refugiado. Por ello la Corte propone que se incluya en la definición: “las personas que

²⁴⁴ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 002-14-SIN-CC”, 48.

²⁴⁵ Asamblea Nacional, “Constitución de 2008”, art. 35.

han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”²⁴⁶

La definición de la Declaración de Cartagena amplía la definición establecida en la Convención de 1951, en tanto que esta únicamente hacía referencia a los refugiados como resultado de conflictos armados, la Declaración antedicha amplía la protección a escenarios de vulneración de derechos.

Existe críticas respecto a la limitación que presenta la Convención de 1951 y su Protocolo en tanto que no han establecido dentro de su concepción de refugiado la situación de América Latina en la que la pobreza y los índices de vulneración de derechos, que no se asocian con conflictos armados, producen un número considerable de refugiados, tal como lo revisamos en el punto 1.1.3 del capítulo uno.

La Corte ha expresado que no es taxativamente de ir a la Convención de 1951, sino que también debe tenerse en cuenta la Declaración de Cartagena de 1984.²⁴⁷ Alcanzar una correcta definición de refugiado o refugiada permite lograr una aplicación más amplia y eficaz de la dimensión que significa el referido derecho. En ese contexto, se reconoce que la inseguridad, el peligro, la violencia, la amenaza, la agresión y los conflictos, sin duda alguna constituyen factores predominantes de decisión al momento de abandonar un país, pues abandonar la patria bajo esas circunstancias no es una cuestión de decisión, sino de supervivencia.

En ese contexto, la Corte Constitucional recoge los criterios innovadores que procuran por la inclusión de la definición de refugiado prevista en la Declaración de Cartagena en la legislación interna. Para ello utiliza el principio pro homine, del cual ha dicho que:

[...] se perfila como aquel que por excelencia permite la obligatoriedad de elegir la fuente y la norma que suministre la mejor solución para la vigencia de los derechos (...), lo cual, a su vez, coadyuva con el cumplimiento del principio a la igualdad y no discriminación, siendo este uno de los estándares en que el derecho internacional de los derechos humanos ha hecho hincapié.²⁴⁸

²⁴⁶Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, *Declaración de Cartagena de 1984*, noviembre de 1984, <http://www.acnur.org/que-hace/proteccion/declaracion-de-cartagena-sobre-los-refugiados/>

²⁴⁷ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 002-14-SIN-CC”; Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 171-15-SEP”.

²⁴⁸ Ecuador, Corte constitucional, “Sentencia N° 014-16-SIN-CC”, 25.

En ese contexto, la norma que mejora y más ampliamente protege los derechos de los refugiados al reconocerlos como tales es la Declaración de Cartagena de 1984, especialmente por las situaciones fácticas que en el continente americano producen refugiados todos los días.

D. Principio de no devolución

El principio de no devolución es indispensable al momento de proteger a las personas que se encuentran en condiciones de movilidad humana, especialmente, aquellas que pretenden obtener la condición de refugiado. No obstante, en el ordenamiento internacional se han establecido regulaciones a este principio, en tanto, que no es un principio absoluto que pueda utilizarse todo el tiempo y con cualquier tipo de persona.²⁴⁹ Por ello, la Corte Constitucional ha recogido las limitaciones previstas en los instrumentos internacionales.

Por ello, al analizar la constitucionalidad de las limitaciones expuestas en el Reglamento para el derecho al refugio, establece que aquel recoge las causales por medio las cuales una persona no se puede acoger a la protección del principio de no devolución, mismas que se encuentran contenidas en la Convención de 1951. Por ello afirma que “es claro que la disposición reglamentaria procura proteger el ejercicio más amplio posible de derechos y libertades a favor de las personas que gozan de la calidad de refugiadas o de quienes solicitan dicho amparo, resguardando a la vez la seguridad de la sociedad y del Estado ecuatoriano, sin que esto implique restricción injustificada de derechos.”²⁵⁰

En ese contexto, la Corte afirma que los procedimientos de inadmisión y expulsión del solicitante de refugio, previstos en el reglamento son constitucionales, en tanto que se adecuan a lo establecido en la Convención de 1951 sobre la negación de la condición de refugiado a las personas que hayan cometido delitos de competencia de la Corte Penal Internacional²⁵¹, o delitos comunes en el país de origen²⁵². Es evidencia que no todos pueden ser titulares del derecho al refugio, según la Corte Constitucional se deben cumplir determinados requisitos para acceder a tal estatuto.

²⁴⁹ Véase ONU, “Convención sobre el Estatuto de Refugiados”, art. 33, numeral 2: “no podrá acogerse a la beneficios de la no devolución "el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país"

²⁵⁰ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 002-14-SIN-CC”, 54.

²⁵¹ ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 10 de noviembre de 1998. Puede leerse la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión.

²⁵²ONU, “Convención sobre el Estatuto de Refugiados”, art. 12, núm. 1.

Sobre la sustanciación de las solicitudes de refugio, la Corte admite que son constitucionales y respetan el debido proceso, en tanto que permiten que el solicitante presente las pruebas pertinentes que acrediten que cumple con los requisitos exigidos en el Reglamento, especialmente que puede ser considerado un refugiado.²⁵³

En relación a la inadmisión de la solicitud de refugiado y los procesos de expulsión, la Corte afirma que son constitucionales, en tanto que buscan la diferenciación entre los solicitantes de refugio legítimos y aquellos que “intentan migrar al Ecuador por diferentes razones utilizando argumentos falsos para ser calificados como refugiadas o refugiados.” Por ello, la Corte afirma que el ejercicio del derecho al refugio no puede tener como parangón abusos o fraudes deliberados al país de acogida. En ese sentido, la Corte considera que la inadmisión de una solicitud debe tener como base razones objetivas que se ajusten a los parámetros nacionales e internacionales de la protección de refugiados.²⁵⁴

En definitiva se puede inadmitir una solicitud por razones fundadas de aquellos que representen un peligro para el país y el orden público, así como los sentenciados por delitos graves que afecten el orden social de la comunidad ecuatoriana. En esos casos se justifica la deportación y por lo tanto no existen vicios de inconstitucionalidad.

El problema inconstitucional verificado surge cuando se permite que la persona sea deportada aunque haya interpuesto el recurso extraordinario de revisión en el proceso administrativo de solicitud de refugio. Es decir que aunque se impugne la decisión, no se suspende la ejecución del acto administrativo.²⁵⁵ Esto evidentemente, según la Corte, coloca al recurrente en una situación de vulnerabilidad en tanto que pueden exponerse a un peligro potencial debido a cuestiones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, entre otras. Por ello, se vulnera el principio de no devolución debido a que se deporta al individuo sin que se haya decidido de forma definitiva su situación jurídica.²⁵⁶

En efecto, la Corte decide que se debe modificar el artículo 50 del Reglamento por ser contrario a lo establecido en la Constitución y en los estándares internacionales de protección de la movilidad humana. En concreto porque el proceso es contrario al principio de igualdad y no discriminación reconocido en los estándares internacionales.

²⁵³ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 002-14-SIN-CC”, 56.

²⁵⁴ *Ibíd.*, 57.

²⁵⁵ Ecuador, Presidencia de la República, *Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Judicial*, Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 de 18 de Marzo del 2002, art. 189.

²⁵⁶ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 002-14-SIN-CC”, 61.

Así por ejemplo, la Comisión IDH ha expresado que están prohibidos considerar cuestiones subjetivas como perfiles raciales para proteger la seguridad nacional²⁵⁷, o tratos distintivos que no sean justificados, en cuyos casos, cuando se pretende hacer una restricción se debe cumplir con la doctrina de “la inversión de la carga de la prueba” y la “presunción de invalidez” de una restricción basada en una “categoría sospechosa”²⁵⁸. En tales casos, se debe evaluar cada caso a fin de que la restricción se base en cuestiones objetivas y razonables, caso contrario se vulnera el principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, las decisiones judiciales deben procurar llegar a un fin constitucionalmente justo para evitar limitar los derechos de las personas en movilidad. Asimismo, la Corte ha expresado, que no es posible que se incluyan normas discriminatorias²⁵⁹, tal como la establecida en el reglamento.

Finalmente, en relación cesación, extinción y revocatoria de la condición de persona refugiada, la Corte advierte que aquellas se encuentran condicionadas a determinadas causales y razones. Las decisiones de cesación, revocatoria o extinción de la condición de refugiada o refugiado no son arbitrarias en la medida en que de conformidad con el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución, estas deben ser adecuadamente motivadas y debido a que cada una de ellas responde a determinadas cláusulas previamente establecidas. Así, las razones por las que procede la cesación, revocatoria o extinción implican un cambio en la situación de la persona refugiada suscitado por ella misma, tales como el establecimiento voluntario en el país que había abandonado, la obtención de una nueva nacionalidad y la protección de esta, o la comisión de delitos que atenten contra el país de refugio.

La enunciación de las causales para cesación, revocatoria o extinción es exhaustiva y recoge aquellas que constan en instrumentos internacionales pertinentes, como la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. La Corte afirma que en tales casos, los procedimientos deben regirse por los principios del debido proceso, especialmente por la motivación.

La Corte afirma que el principio de no devolución no se afecta cuando se establece límites de acceso al derecho al refugio que están establecidos en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En el caso en que se afecta, es únicamente cuando se acepta la deportación porque existe un proceso en

²⁵⁷ CIDH, “Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas. República Dominicana”, párr. 261-274.

²⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 228.

²⁵⁹ Corte IDH, “Caso Vélez Loor vs. Panamá”, párr. 248

conocimiento, y la decisión sobre la situación jurídica del solicitante aún no ha sido establecida. En estos casos la Corte se apega a lo establecido en la Convención de 1951 para leer los procedimientos relacionados con los refugiados en Ecuador.

E. Análisis

Esta decisión aborda los problemas relacionados con los refugiados y la protección de los derechos de estas personas. Por una parte, la Corte presenta incongruencia con los estándares internacionales respecto del control constitucional de forma; mientras que en el control constitucional de fondo se apega al derecho internacional de los refugiados para esgrimir sus argumentos, y respeta estrictamente los estándares internacionales y las normas constitucionales para dar legitimidad al contenido del reglamento.

La sentencia parte de la necesidad de controlar la constitucionalidad del Reglamento que regula el estatuto de refugiado en Ecuador, de allí, que resulte de especial relevancia el bloque de constitucionalidad, toda vez que los derechos de los refugiados no se encuentran completamente desarrollados en la Constitución de 2008, sino que es necesario revisar los instrumentos internacionales de protección de las personas refugiadas. Esta tarea la hace efectivamente la Corte, con el afán de establecer reglas para la protección de grupo de personas en Ecuador.

En concreto, la Corte Constitucional fundamenta sus argumentos en los instrumentos del derecho internacional de los refugiados, tales como: la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados y su Protocolo de 1967, la Declaración de Cartagena de 1984. Estos sirven de fundamento para que la Corte evalúe los procedimientos de solicitud, admisión, deportación, revocatoria, suspensión de la condición de refugiado. Por ello, es que los argumentos de la Corte son consistentes al momento de proteger en algunos casos, y en otros para justificar el límite del derecho al refugio. Aunque la Corte no utiliza jurisprudencia internacional para sus argumentos, sigue la línea jurisprudencial establecida en la Corte IDH sobre la restricción de derechos por causas objetivas y razonables.

Es posible advertir que la Corte presenta incoherencias con los estándares internacionales cuando realiza el control constitucional formal, debido a que considera que es constitucional que se regule el derecho al refugio a través de un Reglamento. La

CADH y la Corte IDH han sido enfática en expresar que es posible que se impongan restricciones a los derechos —en este caso una restricción del derecho al refugio en Ecuador—, pero aquellas deben cumplir determinados requisitos, el primero de ellos es que deben establecerse a través de ley.²⁶⁰ En este caso eso no se cumplió.

Es posible destacar en esa sentencia, aspectos relacionados con la interpretación de algunos preceptos constitucionales, tales como la reserva de ley para asuntos relacionados con el refugio, el principio de igualdad y no discriminación, la aplicación directa de los instrumentos internacionales. En otras palabras, la Corte Constitucional protege el derecho de los refugiados en esta sentencia, y es por ello, que esta sentencia recibió un premio internacional.

6. Acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de la acción de protección propuesta por Alberto García Martínez²⁶¹

La sentencia se dictó dentro de la acción extraordinaria de protección propuesta por Alberto García Martínez interpuesta en contra de la sentencia de la Corte Provincial en la que se niega la acción de protección propuesta por el accionante debido a la negativa del reconocimiento de la condición de refugiado, por haber presentado la solicitud después de transcurrido los 15 días de permanencia en el país.

La sentencia de la Corte Provincial afirmó que la acción de protección no era un mecanismo aplicable para reclamar, dado que se violenta el principio de legalidad, porque existen otros mecanismos administrativos que se deben seguir.

A. Tutela judicial efectiva del derecho al refugio

La Corte afirma que durante el procedimiento de acción de protección se respetaron los derechos a la defensa, petición, a diferencia del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos de refugio y el principio de no devolución.

Se vulneró ese derecho debido a que la Corte considera que las autoridades encargadas de los procesos de solicitud de refugio aplicaron el reglamento sin considerar

²⁶⁰Corte IDH, “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, párr. 105.

²⁶¹ Premiada internacionalmente

la especial situación en la que se encontraba en ciudadano Alberto García, debido a que había sido afectado en su integridad personal y psíquica debido a su orientación sexual.

En ese caso, la Corte afirma que los jueces y las autoridades debieron interpretar el Reglamento sobre el Estatuto de Refugiado en Ecuador de acuerdo al principio *pro personay* no considerar que el plazo de 15 días sea taxativo, y que en tales casos, debe analizarse las cuestiones fácticas caso por caso.²⁶²

La Corte reconoce que el ciudadano cubano se encontraba en un “especial situación” y por ello, la sentencia de la Corte Provincial carecía de un análisis constitucional de fondo, en concreto, existía falta de idoneidad y razonabilidad para la determinación de un fin constitucionalmente justo, es decir que la decisión de no aceptar extemporáneamente la solicitud de refugio, dada la situación del solicitante, no fue idónea ni razonable porque ponía en riesgo los derechos del solicitante. Por ello, la Corte exhorta a que los jueces tomen en cuenta el principio *pro actionae*²⁶³ para realizar una debida interpretación sistemática y dinámica. Esto significa que “los derechos constitucionales no finalizan con la presencia de un orden normativo que regule su protección, sino que es necesario contar con mecanismos que aseguren la efectivización de los derechos constitucionales, en el caso concreto, del derecho de refugio y no devolución.”²⁶⁴

Por ello, la Corte considera que los jueces y las autoridades deberían haberse guiado por el principio *pro persona* de garantizar al máximo los derechos de las personas. Incluso, la Corte afirma que se debería haber respetado el principio de no devolución reconocido en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados y la Convención para la prevención de Tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes que prevé la no devolución cuando existe el riesgo de que la persona sea torturada.

B. Análisis

Si bien es cierto que la sentencia garantiza el derecho de las personas refugiadas. En un nivel técnico la Corte no se esfuerza por realizar una línea jurisprudencial que reconozca la protección de los refugiados. Esto porque no se analiza o cita la sentencia

²⁶² Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 090-15-SEP-CC, Caso No. 1567-13-EP, 25 de marzo de 2015. Juez Ponente: Dr. Alfredo Ruiz Román.

²⁶³ Asamblea Nacional, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, art.2, 1.

²⁶⁴ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 090-15-SEP-CC, 19”.

de acción de inconstitucionalidad dictada el 2014 sobre la inconstitucionalidad del establecimiento del plazo de 15 para solicitar el refugio.

La Corte debía analizar esa sentencia, y considerar que la sentencia impugnada era inconstitucional y debía ser modificada. Ello vuelve a evidenciar que no existe una valoración del principio del precedente jurisprudencial como norma base para la creación de nueva jurisprudencia. Aunque los argumentos expuestos en la sentencia guardan relación con los estándares de promoción de los derechos de las personas en movilidad, es fácil detectar que no existe una línea jurisprudencial que refuerce los argumentos en casos posteriores.

La sentencia examinada es sin duda una de las que mejor analizan la protección de los derechos de las personas refugiadas en Ecuador, debido a que se desliga de análisis formalista de la norma, para establecer una interpretación integral, holística de la situación de los solicitantes de refugio, esto para evitar la vulneración de derechos por la deportación a un país en el que se ven amenazados sus derechos. En efecto, la Corte establece la necesidad de que los jueces y las autoridades encargadas de los procedimientos de refugio resuelvan de acuerdo con el bloque de constitucionalidad las solicitudes de refugio, en ello se incluye el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos. A pesar de todo, debía analizar los hechos a la luz del principio *pro homine* que permite desligarse de una interpretación puramente formalista, para realizar una interpretación conforme a precautelar en todo momento la dignidad de las personas.

Aunque se respeta los estándares internacionales y algunas de las normas constitucionales, la sentencia presenta una deficiencia si la analizamos de forma contextual, es decir, en conjunto con las demás sentencias que por el mismo tema se han emitido, en tanto que no existe una línea jurisprudencial, debido a que los argumentos debían sustentarse en la sentencias del año 2014 sobre la inconstitucionalidad del Reglamento y los plazos para solicitar refugio en Ecuador.

Esto debido a que una de las garantías del debido proceso es la motivación de las decisiones judiciales, en este caso cuando se motiva la sentencia no se cita la sentencia que en el actual orden constitucional constituye fuente legítima de derecho, y por lo tanto, se omite una jurisprudencia vinculante para resolver el caso. Además el desconocimiento de la jurisprudencia que sobre el mismo tema ha emitido la Corte, da como resultado una afectación a la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico, toda

vez que se pueden promover sentencias contradictorias sin que los jueces tengan la necesidad de ser coherentes con sus sentencias anteriores.²⁶⁵

7. Dictamen de constitucionalidad del Estatuto migratorio entre la República del Ecuador y el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela.²⁶⁶

Esta decisión analiza la constitucionalidad del Estatuto migratorio entre Ecuador y Venezuela suscrito el 06 de julio de 2010. En términos generales la Corte realiza el análisis formal y material, y no encuentra inconstitucional toda vez que se encuentra de acuerdo a las normas constitucionales.

A. Control formal

La Corte afirma que el análisis de forma corresponde a verificar si el tratado internacional debe recibir el tratamiento previsto en el artículo 419 de la Constitución de 2008. Concluye que es necesario el pronunciamiento de la Corte, en tanto que se trata de la regulación de derechos y garantías contenidos en la Constitución.

B. Control material

La Corte analiza artículo por artículo el Estatuto, relacionándolo con las normas constitucionales vigentes, especialmente con el reconocimiento del derecho a la libre movilidad de las personas, la igualdad de trato para los extranjeros y nacionales.

Se reconoce la ciudadanía universal, como fundamento para no exigir la visa cuando las personas venezolanas quieran permanecer en Ecuador por motivos turísticos. Además lo relaciona con otros principios constitucionales como la libre movilidad de las personas, y el progresivo fin de la condición de extranjero.

C. Análisis

²⁶⁵Diego López, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2002), 210.

²⁶⁶ Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen No. 042-10-DTI-CC, Caso No. 0036-10-TI, 25 de noviembre de 2010. Juez ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt.

Esta decisión es el ejemplo de un régimen de regulación de la movilidad humana de forma bilateral. Mediante un tratado bilateral los Estados se ponen de acuerdo para establecer determinadas políticas migratorias para que sus nacionales pueden realizar procesos de movilidad humana de un Estado a otro.

Es importante reconocer el análisis que realiza la Corte respecto del articulado del Estatuto, debido a que toma como referencia las normas constitucionales que reflejan los derechos en la movilidad humana, y reconoce entre otras cosas, la necesidad de establecer políticas para la consecución de la ciudadanía universal y la libre movilidad de las personas.

En ese contexto, la máxima satisfacción de los derechos de las personas en movilidad humana se asienta sobre la base de los principios de ciudadanía universal y libre movilidad. Cuando exista conflicto entre normas aplicables en relación a los derechos de las personas en movilidad es necesario que se trate de efectivizar en mayor grado posible los principios enunciados.

8. Dictamen de constitucionalidad sobre Memorando de entendimiento entre la República de Ecuador y la República de Guatemala sobre el combate al tráfico de migrantes y protección de víctimas.²⁶⁷

En la revisión formal y material de constitucionalidad la Corte Constitucional no identifica vicios por lo que el dictamen es favorable. Entre otros temas, el tratado trata sobre la protección del tráfico de personas, la no criminalización de las víctimas, protección de menores de edad y mujeres, asistencia y ayuda a las víctimas e instituciones de los dos países.

A. Migración y tráfico de migrantes

La Corte enfatiza en la importancia de un tratado de esa naturaleza, en la medida en que es por los factores asociados a la migración irregular que se producen fenómenos

²⁶⁷ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia No. 021-13-DTI-CC, Caso No. 0001-12-TI, 17 de julio de 2013. Juez Ponente: Dra. Ruth Seni Pinoargote.

como el tráfico de migrantes, de los que se desprenden un sin número de víctimas que la mayoría de los casos son re victimizadas con sanciones penales.

La cooperación en esos casos es crucial para combatir esos delitos transnacionales que afectan a los países en desarrollo, especialmente en la no criminalización de las víctimas de trata de personas y tráfico de migrantes. Más aun cuando se trata de grupos humanos como las mujeres y menores de edad, quienes por su vulnerabilidad son los más afectados.

Tal como lo muestran los datos esgrimidos en el capítulo I, uno de las consecuencias de la migración irregular, es la proliferación de delitos en contra de los migrantes, tales como el tráfico de migrantes, en escenarios en los que se afecta los derechos humanos, que pone incluso en riesgo su vida.

B. Análisis

La Corte concluye que el Memorando de entendimiento entre Guatemala y Ecuador es constitucional. La firma de ese instrumento es importante para la protección de las personas en movilidad humana. Por un lado porque Guatemala es uno de los países que emite un gran número de migrantes; mientras que por otro, la facilidad, tras el reconocimiento de la ciudadanía universal en la Constitución ecuatoriana, para usar al país como tránsito de migrantes y llevarlos a países del Norte Global, han hecho que se establezcan redes de tráfico de migrantes.

Esas redes de tráfico de migrantes han ido creciendo significativamente, en principio porque Guatemala forma parte del triángulo de la violencia y se constituye, a su vez, como una región que exporta migrantes en calidad refugiados, además la región Centroamérica se constituye como una región de tránsito de migrantes irregulares que van a Estados Unidos.²⁶⁸ Por otro lado, la política ecuatoriana sobre movilidad humana enfocada, principalmente en la ciudadanía universal y el principio de libre movilidad inspira a la delincuencia organizada para usar a Ecuador como un país de tránsito y de regularización para llevar migrantes a otros destinos.

Por ello, una gobernanza respecto de este tema es importante para reducir los índices de violencia en contra de las personas en movilidad, más aun cuando existe

²⁶⁸Véase los datos incluidos en el capítulo uno.

cooperación entre los Estados, y se establecen propuestas con enfoque de derechos humanos apegados a lo establecido internacionalmente sobre movilidad humana.

9. Dictamen de constitucionalidad del Acuerdo marco de cooperación bilateral en asuntos migratorios entre los gobiernos de la República del Ecuador y de la República de El Salvador²⁶⁹

La decisión analiza la constitucionalidad de un tratado bilateral sobre movilidad humana entre la República de Ecuador y la República de El Salvador. Entre otros temas, el tratado internacional se relaciona con la protección de los nacionales en otro Estado, animando la cooperación y el entendimiento entre los agentes de los distintos Estados para que se respeten los derechos en la movilidad humana.

A. Control formal

En lo relativo al control formal, la Corte considera que se está cumpliendo con lo establecido en el artículo 419 de la Constitución, toda vez que se trata de un tratado internacional que regula derechos y garantías previstas en la Constitución, por lo tanto, requiere el dictamen previo de la Corte sobre su constitucionalidad.

B. Control material

En lo relativo al control material la Corte encuentra que el tratado internacional se ajusta a las normas constitucionales y por lo tanto debe ser aprobado por la Asamblea Nacional. Resalta la importancia de suscribir esos tratados con el objetivo de buscar la garantía y el respeto de los derechos en la movilidad humana.

Asegura que la cooperación entre los Estados es significativa al momento de proteger a los nacionales de un país en otros Estados, especialmente cuando son vulnerables a la delincuencia transnacional, al tráfico de migrantes y la trata de personas. Por ello, la cooperación permitirá la protección de las personas en contextos de movilidad humana. En palabras de la Corte, el tratado buscará determinar:

²⁶⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 001-15-DTI-CC, Caso N° 0007-14, 11 de febrero de 2015. Juez Ponente: Antonio Gagliardo Looor

[...] los alcances y contenidos de los derechos fundamentales de la movilidad humana, aspectos que no han sido definidos ni existe un parámetro universal; por lo tanto, siendo necesario y urgente, no solo para legitimar su ejecución positiva, sino para dar el enfoque con estándares internacionales, observando los instrumentos internacionales en esta materia, como la Convención Americana de Derechos Humanos, Convenio Internacional de Trabajo N.º 19 relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales, Convenio sobre la condición de los extranjeros -OEA- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 189 U.N.T.S. 150, Declaración de Cartagena sobre Refugiados, etc.²⁷⁰

C. Análisis

En esta decisión se reconoce que las personas en contextos de movilidad humana son susceptibles de ser víctimas de la delincuencia organizada y transnacional, en algunos casos, el cometimiento de delitos como la trata de personas o el tráfico de migrantes los convierte en personas cuyos derechos son más vulnerables en relación a otro tipo de movilidad.

Precisamente, en esos contextos, es donde es necesario un régimen de regulación de la movilidad humana que integre a varios Estados, para a través de tratados bilaterales o regionales, asuman la obligación de proteger a las personas en movilidad y garantizar sus derechos mínimos.

10. Dictamen de constitucionalidad sobre el Estatuto Migratorio Permanente

Ecuatoriano Peruano²⁷¹

La decisión analiza la constitucionalidad del *Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano*, un tratado internacional suscrito entre Ecuador y Perú, que según el procedimiento dispuesto en la Constitución requiere el pronunciamiento obligatorio y vinculante de la Corte, para luego ser aprobado por la Asamblea Nacional y entrar en vigencia.

El dictamen examina la compatibilidad constitucional del tratado. En relación al control formal afirma que no existe vicio de constitucionalidad. En relación al control

²⁷⁰ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia 001-15-DTI-CC”, 16.

²⁷¹ Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen No. 0011-09-DTI-CC, Caso No. 0005-09-TI, 08 de octubre de 2009. Juez ponente: Dr. Patricio Pazmiño Freire.

material sostiene que existen algunas cuestiones que son inconstitucionales, y que se analizarán a continuación.

A. Necesidad de dictamen constitucional para firmar tratados sobre movilidad humana

La Corte reconoce que en materia de tratados internacionales sobre movilidad humana es necesario que se emita el dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional, porque se trata de derechos constitucionales, tal como lo ha previsto en la Constitución de 2008.

Por ello afirma que el tratado es pertinente debido a que regula el trabajo fronterizo, se orienta por la apertura y la liberalización de las fronteras, promueve la ciudadanía universal, materializa el contenido de la Convención de 1990 sobre los Trabajadores Migratorios y sus Familias. Por ello, la Corte afirma que:

Una lectura integral del texto del Tratado deja ver a la Corte Constitucional un claro objetivo: por un lado, garantizar el derecho al trabajo y reducir cargas burocráticas para la obtención de visados de trabajo (conforme a la legislación de cada Estado) para ecuatorianos y peruanos que desean trabajar en uno u otro Estado; por otro lado, la concesión de un tipo de amnistía migratoria que permita la regularización de cientos de ecuatorianos y peruanos que trabajan por fuera de sus fronteras, y finalmente, garantizar los derechos humanos de todos los migrantes que se encuentren en la denominada zona de integración fronteriza ampliada.²⁷²

El tratado es un mecanismo para que los Estados involucrados puedan llevar a cabo políticas públicas enfocadas en garantizar los derechos de las personas que cruzan las fronteras.

B. Principio de igualdad y no discriminación

El tratado afirma que para permisos de trabajo por más de seis meses es necesario la presentación de un certificado de no tener antecedentes penales, lo que

²⁷² Ecuador, Corte Constitucional, “Dictamen No. 0011-09-DTI-CC”, 17.

vulnera el principio de igualdad y no discriminación, en tanto que discrimina por el pasado judicial y la condición migratoria.

Afirma la Corte, además, que tal restricción no es el sentido del tratado, dado que imponer trámites burocráticos aumentaría la migración irregular, lo que vulnera el derecho a migrar contenido en el artículo 40. Asimismo, la Corte afirma que tal restricción “disuade la voluntariedad de las personas para obtener su regularización migratoria, lo cual ocasionaría más bien un incremento de la migración irregular, atentando contra la propia naturaleza del Tratado objeto de análisis.”²⁷³

La adenda²⁷⁴ al tratado internacional que exige una declaración juramentada de no poseer antecedentes penales a los que pidan el permiso de residencia, es una medida discriminatoria y promueve la migración irregular en la frontera. Se discrimina por la categoría sospechosa de pasado judicial.

[...] la Corte Constitucional se pregunta ¿Qué pasaría entonces si una persona registra antecedentes penales? o ¿Qué pasaría si la persona no registrando antecedentes penales no presenta dicho documento por falta de recursos? La consecuencia sería la misma: la no emisión de la correspondiente visa de la que habla el artículo 5 del "Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano"; es decir, se estaría discriminando por razones de pasado judicial.²⁷⁵

La Corte concluye que no hay una proporcionalidad entre las medidas tomadas y los fines que se persiguen. Por eso, propone que se apruebe el tratado con reservas, para que las restricciones cumplan con un fin constitucionalmente válido.

C. Análisis

La Corte Constitucional tiene la obligación de emitir su dictamen de constitucionalidad en los casos en los que se firmen tratados internacionales para regular los derechos en la movilidad humana, y más aún en este caso cuando se pretende regular los derechos contenidos en la Convención de 1990 sobre los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

La necesidad de un tratado internacional entre Ecuador y Perú para obtener la residencia en cualquiera de los dos Estados, es una forma de paliar la migración

²⁷³Ibíd., p. 19

²⁷⁴ Una adenda es un documento complementario al tratado principal.

²⁷⁵ Ecuador, Corte Constitucional, “Dictamen No. 0011-09-DTI-CC”, 19.

irregular que se produce en la frontera sur del Ecuador, y norte del Perú. La regularización de los migrantes a través del otorgamiento de los permisos de residencia permite la promoción y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de los nacionales de los dos Estados. Por ello, el tratado pretende reflejar los presupuestos de la Convención Internacional de 1990.

Se advierte que la Corte Constitucional protege el principio de igualdad y no discriminación al declarar que no es constitucional que se exijan certificados de antecedentes penales y declaraciones juramentadas sobre no poseer antecedentes penales. Esto porque se discrimina por el pasado judicial²⁷⁶ y vulnera el derecho de los migrantes por los trámites burocráticos que se generan. Además esto genera una discriminación compuesta dado que las personas además de ser discriminadas por el pasado judicial, lo son también por su condición migratoria, por ser mujeres, niños, entre otras categorías sospechosas.

Con ello, el Estado cumple plenamente su obligación contenida en los tratados internacionales de protección de derechos, como la CADH, sobre el respeto y garantía de los derechos en igualdad y sin discriminación. Incluso sobre la base del principio pro homine las jueces de la Corte Constitucional deben buscar la máxima eficacia de los derechos de las personas en movilidad.

En este caso, no ocurre lo mismo que con los refugiados en los que es posible la limitación del derecho al refugio por cuestiones de seguridad nacional. En este caso, esa distinción es inconstitucional.

11. Acción de inconstitucionalidad de acto normativo ²⁷⁷

En esta decisión se analiza la constitucionalidad del Reglamento Especial Sustitutivo para la Elección de Abanderados, Portaestandartes y Escoltas de los Planteles Educativos de los Niveles de Educación Primaria y Media. En concreto, se analiza la obligación de permanecer cinco años en el mismo establecimiento para poder ser designados con esos honores.

²⁷⁶ Se entiende que cuando se discrimina por algunas de las categorías sospechosas presentes, se vulnera también otros derechos de forma interdependiente. Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana en las decisiones: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-058/15, Expediente T-4.516.485, 12 de febrero de 2015. Juez ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁷⁷ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 002-10-SIN-CC, 08 de abril de 2010. Juez Ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt

Los argumentos del accionante afirman que se discrimina y se afecta el derecho a la movilidad que tienen las personas, debido a que los honores de abanderado y escolta se los obtiene por el rendimiento académico y no por la permanencia en un establecimiento educativo por un lapso de tiempo determinado.

A. Principio de igualdad y no discriminación.

El problema que identifica la Corte es la determinación si la condición de permanencia en un establecimiento educativo por cinco años para acceder al mérito educativo afecta el principio de igualdad y no discriminación.

La Corte afirma que la distinción de trato para ser legítima debe ser razonable y objetiva. Es ilegítima cuando carece de razón, justicia y bien común.²⁷⁸ Por ello afirma que la condición de permanencia por cinco años en el establecimiento carece de justificación objetiva y razonable debido a que no es busca conseguir un fin constitucionalmente válido, en tanto que discrimina.

En ese contexto, afirma que el cambio de residencia de un lugar a otro, constituye la excepción a la regla de permanencia por cinco años en el mismo establecimiento educativo. Por ello, argumenta que el artículo del Reglamento es inconstitucional, en tanto que vulnera el principio de igualdad y no discriminación en concordancia con el derecho de movilidad humana garantizada en la Constitución de 2008.

B. Análisis

En este caso, la Corte reconoce el tipo de movilidad humana interna, es decir, dentro del territorio del propio Estado. Afirma que el derecho a la libre movilidad se asocia con otros derechos como por ejemplo escoger el establecimiento educativo en el que estudiarán los hijos. Además reconoce que el derecho de movilidad humana se encuentra en la Constitución de 2008.

Por ello, una distinción que restrinja el derecho a la libre movilidad de las personas debe ser considerada como ilegítima en tanto no es razonable y objetiva. Más

²⁷⁸Ibíd., 18.

aun cuando el fin de la medida es otorgar méritos educativos que tiene que ver con el rendimiento académico y no con la movilidad de las personas y sus familias.

A la luz del principio pro homine, una distinción de ese tipo impide la máxima efectivización de los derechos, y por lo tanto, el respeto a la dignidad humano, por lo que el control constitucional realizado por la Corte Constitucional estableció que ese tratamiento desigual constituye discriminación e impide la garantía de derechos.

12. Dictamen de constitucionalidad del Acuerdo entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la Federación de Rusia sobre las condiciones de supresión de las formalidades de visado en viajes mutuos de los ciudadanos de la República del Ecuador y de los ciudadanos de la Federación Rusa.²⁷⁹

En esta decisión se analiza la constitucionalidad del Acuerdo entre Ecuador y Rusia para establecer un régimen de movilidad humana entre los dos Estados. La Corte afirma que el tratado bilateral no tiene vicio de constitucionalidad, y que por tanto debe ser aprobado por la Asamblea Nacional.

A. Control formal.

La Corte, además de reconocer que la temática del tratado bilateral merece un dictamen de constitucionalidad de la Corte, debido a que se trata de derechos y garantías previstos en la Constitución de 2008, reconoce que la adopción de un tratado internacional deben seguir un determinado procedimiento, entre los que destacan la suscripción, dictamen de la Corte Constitucional, aprobación por la Asamblea Nacional y la ratificación del tratado por parte del Presidente.

Reconoce, asimismo, la vigencia del *pacta sunt servanda* previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y que obliga de buena fe a los

²⁷⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen No. 013-11-DTI-CC, Caso No. 0023-11-TI, 25 de abril de 2013. Juez Ponente: Dr. Freddy Donoso.

Estados al cumplimiento de las obligaciones que asumen tras la ratificación de los tratados bilaterales.

B. Control material

La Corte reconoce que no existe vicio de constitucionalidad en el contenido del tratado. Entre otras cosas, el tratado hace referencia a la obligación del Estado para promover el respeto de los derechos en la movilidad humana y el ejercicio de la rectoría de la política migratoria. El reconocimiento de la ciudadanía universal, el principio de libre movilidad de personas y el progresivo fin de la condición de extranjero. Todos ellos reconocidos en la Constitución de 2008.

C. Análisis

El tratado bilateral es un paso más en el reconocimiento de la ciudadanía universal y el principio de libre movilidad como parámetros de protección de los derechos en la movilidad humana, cuando se establece un régimen de regulación bilateral entre Estados. Especialmente porque da las facilidades para que los nacionales de ambos Estados para que puedan moverse entre uno y otro país, y las obligaciones que asumen cada Estado para la protección en su territorio de los extranjeros.

Se puede ver que los derechos de las personas en movilidad humana, se garantizan en estos tratados bilaterales de acuerdo al principio de reciprocidad reconocido en el derecho internacional, que asume como base el respeto de la soberanía de cada Estado. Por ello, el reconocimiento de la piedra angular del respeto de los derechos de las personas en movilidad, se lo realiza de forma progresiva, tratando en cualquier caso de garantizar la dignidad de los migrantes por encima de cualquier otra situación jurídica o fáctica.

A modo de conclusión

Los derechos en la movilidad humana para la protección de las personas migrantes en Ecuador han sido ampliamente reconocidos en la Constitución de 2008. Se recogen algunas innovaciones sobre el tratamiento de las migraciones, tales como el reconocimiento de la ciudadanía universal y la libre movilidad de las personas. No

obstante, pese a ese contenido garantista las normas infra constitucionales no guardan coherencia con la Constitución. Así, la Ley de Extranjería y la Ley de Migración — actualmente derogadas— fueron duramente criticadas por los organismos internacionales por la incoherencia con los instrumentos internacionales. Asimismo, la reciente Ley Orgánica de Movilidad Humana, que pretende desarrollar los presupuestos constitucionales sobre movilidad humana, actualmente se encuentra impugnada dentro de una acción de inconstitucionalidad en la Corte Constitucional, el principal argumento de los accionantes es que se vulnera el bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, la Corte Constitucional no ha desarrollado una línea jurisprudencial que reconozca de forma progresiva y en orden al principio *pro homine* los derechos de las personas en movilidad humana. Algunas de sus sentencias han sido merecedoras de premios internacionales por su progresividad, mientras que otras restringen derechos enfocadas en un análisis formalista de las leyes internas, desconociendo el bloque de constitucionalidad al momento de resolver cuestiones relacionadas con personas en movilidad humana.

Conclusiones

El aumento de los flujos migratorios y la afectación a los derechos humanos de los grupos de personas en situación de movilidad, constituye una de las principales preocupaciones de la sociedad actual. En algunos países la política migratoria ha pasado de un enfoque centrado en el discurso securitista del Estado a un enfoque de derechos humanos, debido a que existen estudios que reconocen que el cierre de las fronteras en lugar de reducir la migración, incrementa la violación de derechos y la vulnerabilidad de los grupos humanos que cruzan irregularmente las fronteras.

Son múltiples las razones por las que las personas migran, de forma voluntaria y forzada. Reviste especial importancia la migración forzada debido a que sobre ella giran las preocupaciones abordadas en el discurso de los derechos humanos y la movilidad humana. Ese grupo de población representado en migrantes económicos, desplazados, refugiados y apátridas ha crecido constantemente en los últimos años, mientras que las posibilidades de libre movilidad se han ido reduciendo, ya sea por el cierre de las fronteras, las actitudes de rechazo a los inmigrantes o los peligros que amenazan la vida de quienes migran.

Se ha realizado un esfuerzo para incluir los diferentes tipos de migración dentro del concepto amplio de “movilidad humana”, intentando establecer las diferencias y similitudes entre migrantes económicos, desplazados, apátridas y refugiados. Los beneficios de esta conceptualización se traducen en el reconocimiento de las exigencias de atención prioritaria para todos los grupos en condición de movilidad, sin perjuicio de la identificación de las medidas afirmativas que corresponden a cada grupo.

En esta investigación se ha procurado explicar las causas de la migración forzada a partir de la literatura más reciente en varios ámbitos disciplinarios, pasando por la economía, la sociología y el derecho.

Al respecto, se ha rescatado principalmente los avances en el enfoque de derechos humanos. El trabajo de agencias internacionales en coordinación con organización de la sociedad civil ha permitido generar criterios vinculantes para la gobernanza de las migraciones a nivel internacional, especialmente, a través del desarrollo de instrumentos internacionales y la creación de organismos encargados de

vigilar y proteger a ciertos grupos de migrantes mediante mecanismos cuasi judiciales y judiciales.

En el sistema universal destacan instrumentos como la DUDH, el PIDCP, el PIDESC, la Convención Internacional sobre los Trabajadores Migratorios y varios instrumentos que nos permiten hablar hoy de sistemas de estándares y precedentes que han dado vida al derecho internacional de los refugiados, al derecho internacional de los apátridas, con enfoques diferenciados en cada región y especial desarrollo en América Latina.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de los precedentes establecidos por la Corte IDH y la Comisión IDH, ha permitido el desarrollo de interpretaciones extensivas e integrales de la CADH que en consonancia con instrumentos internacionales del sistema universal y regional de derechos humanos, han conformado los cimientos de un derecho interamericano sobre movilidad humana.

Como se ha visto, los avances en el derecho internacional de la movilidad humana han dado lugar a consolidación de estándares que han sido acogidos no solo por organismos transnacionales, sino también por los sistemas nacionales de derechos humanos: derecho a la movilidad humana, derecho a solicitar y recibir refugio, derecho a la integridad personal, derecho a la libertad de circulación y residencia, derecho al debido proceso, derecho a la nacionalidad, prohibición de criminalización de migrantes, el principio de no devolución, entre otros. La lista de los estándares no es taxativa, sino que es extensiva, se puede ir incrementando a medida que se conocen las situaciones fácticas de las personas en situación de movilidad.

Los estándares de movilidad humana son recogidos en la Constitución de 2008, mediante disposiciones progresistas que reconocen de forma garantista la movilidad humana e incluso el principio de ciudadanía universal en defensa de la libre movilidad de las personas.

Los derechos de movilidad establecidos ampliamente en nuestra Constitución, han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Movilidad Humana aprobada en 2017. Esta Ley ha permitido reemplazar varios cuerpos normativos que violentaban claramente los derechos de movilidad.

En este contexto normativo la Corte Constitucional de Ecuador ha asumido un rol protagónico en la aplicación directa de estándares constitucionales mediante pronunciamientos de control abstracto y concreto de constitucionalidad. Sin embargo, la labor de la Corte no ha sido homogénea.

Por una parte, la Corte Constitucional ha dictado sentencias en las que se puede apreciar la congruencia de sus argumentos con los estándares internacionales sobre movilidad humana en un sentido que en perspectiva comparada resulta altamente garantista, tal como lo han reconocido ACNUR y otras agencias internacionales.

Los aportes para la protección de la movilidad humana han permitido el desarrollo progresivo de los siguientes estándares: el principio de igualdad y no discriminación de la población en situación de movilidad humana, la definición de refugiado, el principio de no devolución, la tutela judicial efectiva del derecho al refugio, la obligación de prevención del tráfico ilícito de migrantes, y la obligación de adecuar el derecho interno.

Sobre el principio de igualdad y no discriminación la Corte ha reconocido la posibilidad de realizar distinciones entre diferentes grupos humanos en condición de movilidad humana, siempre que esas distinciones no resulten arbitrarias y guarden concordancia con los estándares internacionales.

Afirma que el concepto de movilidad humana existente en la Constitución de 2008 se apeg a los estándares internacionales, y busca la consecución de la ciudadanía universal y la libre movilidad de las personas. Se reconoce la especial vulnerabilidad de las personas en situación de refugio, acogiendo la definición amplia de refugiado en base a la Declaración de Cartagena de 1984, tras reconocer que los instrumentos universales de refugio, no recogen las particularidades de la población de América Latina, especialmente afectada por la violencia interna y crisis económicas recurrentes que afectan a las personas más vulnerables.

Sobre el principio de no devolución, se ha expresado que no es absoluto y en algunos casos se puede restringir, siempre que existan justificaciones objetivas y razonables. Así, se afirma que el negar una solicitud de refugio y dar paso a la deportación, en los casos en los que se apeg a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados, no existe la vulneración del principio de no devolución. No obstante, admite que para que se desvanezca el principio de no devolución es necesario que exista una resolución motivada y definitiva sobre la solicitud de refugio.

Al revisar la tutela judicial efectiva del derecho al refugio, la Corte afirma que es obligación de las autoridades realizar una interpretación de los hechos y de las normas de acuerdo al bloque de constitucionalidad, es decir, no se puede negar derechos por la simple formalidad de la ley. En el caso 090-15-SEP-CC, la Corte considera que las autoridades administrativas debían haber evaluado la especial situación de

vulnerabilidad de una persona en situación de refugio y haber admitido la solitud fuera del tiempo establecido para hacerlo.

La Corte aplaude la firma de tratados internacionales para combatir el tráfico de migrantes. En sus argumentos deja entrever la preocupación por el aumento de los ilícitos penales en contra de los migrantes, y asume que las políticas internacionales de cooperación son cruciales para combatirlos. Afirma también que es necesario que se adecue el derecho interno para procurar la protección de los derechos de las personas.

Por otro lado, contradictoriamente, la Corte Constitucional ha incurrido en decisiones regresivas respecto de los siguientes estándares: principio de igualdad y no discriminación y criminalización de migrantes, reparación integral en relación a la detención de migrantes, la reserva de ley para asuntos sobre derechos de movilidad humana, principio de no devolución, obligatoriedad del precedente constitucional y no sacrificio de la justicia por omisión de formalidades.

En relación al principio de igualdad y no discriminación en la sentencia 020-13-DTI-CC, se acepta, sin mayores argumentos, el requisito de exigir certificado de antecedentes penales para el permiso de residencia en Ecuador, descuidando su deber de analizar los límites a los derechos de movilidad, de forma razonable y objetiva, tal como lo ha establecido en la Sentencia 0011-09-DTI-CC.

Respecto a la reparación de vulneración de derechos a migrantes se apartó flagrantemente de los estándares internacionales para afirmar que en el caso de privación arbitraria de libertad de una persona migrante que portaba un pasaporte falso, basta repararla con la devolución de su libertad. En efecto, en la Sentencia 147-12-SEP-CC, el recurrente estuvo detenido por el lapso de 8 meses, tras los cuales recibió la condición de refugiado al comprobarse su especial situación de vulnerabilidad. Cuando el afecto exigió reparación por los daños que supuso la detención arbitraria, la Corte negó toda medida de reparación adicional, reconociendo así un acto de criminalización de la movilidad humana como legítimo.

En relación a la reserva de ley para asuntos relacionados con el derecho al refugio, al igual que en numerosos casos, se reconoce la validez de reglamentos que regulan derechos contrariando la constitucionalidad formal.

En síntesis, la Corte “borra con el codo lo que hace con la mano”. Se ha visto que desde una perspectiva jurídica la jurisprudencia violenta sus propios precedentes, cuando no disposiciones constitucionales explícitas. Puesto que no tendría sentido culpar a la Corte por falta de *sindéresis* y capacidad analítica, la única explicación para

las actuaciones irregulares de la justicia constitucional respondería a motivaciones extra-jurídicas.

Las investigaciones preliminares sobre la Corte Constitucional del Ecuador en el periodo 2007-2018 revelan que los jueces constitucionales han actuado de forma estratégica, preservando sus espacios de poder y sus posibilidades de movilidad en el Estado, dentro de regímenes con escasa independencia judicial. Santiago Basabe explica el comportamiento de la Corte afirmando que se trataría de jueces funcionales que votan de forma estratégica puesto “que carecen de autonomía para resolver los casos pero que, por las características del entorno político, gozan de estabilidad en el ejercicio de sus funciones”.²⁸⁰

Si se considera que pudo existir presión por parte de algún sector de poder para que la Corte limite el alcance de su jurisprudencia en materia de movilidad humana, y tomamos en cuenta la evidencia sobre las posibilidades de movilidad ascendente de los jueces de la Corte (pensemos en el caso del Dr. Pazmiño que hoy actúa como juez en la Corte Interamericana), se puede conjeturar que los jueces actuaron en función de sus intereses y de la falta de independencia judicial.

En síntesis, pese a que la protección de los derechos de movilidad ha mostrado innegables avances tanto en la normativa, políticas públicas y jurisprudencia constitucional, la posible falta de independencia judicial es un obstáculo para el desarrollo de políticas constitucionales verdaderamente comprometidas con los derechos humanos de las personas en condición de movilidad humana.

²⁸⁰ Santiago Basabe, Independencia judicial e inestabilidad institucional en América Latina: reflexiones teóricas y referentes empíricos. Disponible en: http://www.flacso.org.ec/docs/doctrabpp_basabe.pdf

Bibliografía

- ACNUR. *Balance de la política pública para la atención del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Sáenz & Cía. 2002
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8963.pdf?view=1>
- . *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 1992.
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf?view=1>.
- . “Tendencias globales 2014: mundo en guerra”. *Agencia de la ONU para los Refugiados*. Diciembre de 2015.
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10072>.
- . “Tendencias Globales (2009). Refugiados, solicitantes de asilo, retornados, desplazados internos y apátridas”. *Agencia de la ONU para Refugiados*. 2010.
http://www.acnur.org/media/docs/tendencias_globales_2009_ACNUR.pdf
- . “Tendencias globales 2013: el coste humano de la guerra”. *Agencia de la ONU para los Refugiados*. 20 de junio de 2014.
<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9562>
- Aguirre, Pamela, coord. *Rendición de cuentas del proceso de selección: período 2008-2013*. Serie Jurisprudencia constitucional4. Quito: Corte Constitucional del Ecuador/CEDEC, 2013.

- . *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional*. Serie Jurisprudencia constitucional, 6. Quito: Corte Constitucional del Ecuador/CEDEC, 2015.
- Anello, Carolina. “Artículo 5. Integridad personal”. En Enrique Alonso Regueira. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2013.
- Arango, Joaquín. “Después del gran boom: la inmigración en la bisagra del cambio”. En *La inmigración en tiempos de crisis. Anuario de la Inmigración en España*, editado por Eliseo Aja, Joaquín Arango, Josep Oliver, 53-73. Barcelona: Cidob Ediciones, 2009.
- Barrionuevo, María. “El reconocimiento de la ciudadanía universal en la constitución de la república del ecuador, tratados y convenios internacionales frente al derecho a la libre movilidad y progresividad de los derechos”. Tesis de grado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato, 2017.
- Blanco, Cristina. “El inmigrante como sujeto marginado. Claves interpretativas”. En *Racismo, antirracismo e inmigración*, coordinado por Pedro Albite. España: Tercera Prensa, 1995.
- Canales, Alejandro. “Los inmigrantes latinoamericanos en Estados Unidos: inserción laboral con exclusión social”. En *Panorama actual de las migraciones en América Latina*, editado por Alejandro Canales, 81-116. México D.F.: Universidad Autónoma de Guadalajara/Asociación Latinoamericana de Población. México, 2006.
- CIDH. *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. 9 de diciembre de 2011. OEA/Ser.L/V/II.

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files>

</MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

———. *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*. 30 de diciembre de 2013.

OEA/Ser.L/V/II.Doc.48/13.<http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico2013.pdf>.

———. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*. 31 de diciembre de 2015. OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/15.

[http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidad humana.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidad%20humana.pdf)

———. *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. 31 de diciembre de 2013.

OEA/Ser.L/V/II. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/justicia-verdad-reparacion-es.pdf>

CEPAL. *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe*. 9 de marzo de 2006. LC/G.2303SES.31/11.

Castles, Stephen; Hein de Haas; Mark J. Miller. *The age of migration: international population movements in the modern world*. England: PalgraveMacmillan, 2014.

Coalición por las Migraciones y el Refugio. “*Contenidos Básicos sobre Movilidad Humana*”. Coalición por las Migraciones y el Refugio.

Diciembre de 2009.

<http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/Informes%20alternativos/contenidosbasicosmovilidad.pdf>

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-058/15. Expediente T-4.516.485, 12 de febrero de 2015. Juez ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

- Cortina, Jerónimo; Enrique Ochoa; TaylorReza, edit. *New Perspectives on International Migration and Development*. Columbia: Columbia University Press, 2013.
- Ecuador Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Guía de derechos humanos y movilidad humana*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- . *Manual de Derechos Humanos Aplicados a la Función Policial*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Escobar, Cristina. “Migración y derechos ciudadanos: el caso mexicano”. En *El país transnacional. Migración mexicana y cambio social a través de la frontera*, coordinado por Marina Ariza y Alejandro Portes, 231-274. México: UNAM/ Instituto de Investigaciones Sociales, 2005.
- España, Instituto Nacional de Estadística. “Cifras de Población a 1 de enero de 2017: Estadística de Migraciones 2016”. *Instituto Nacional de Estadística*. 29 de junio de 2017. http://www.ine.es/prensa/cp_2017_p.pdf.
- Estupiñan, Mary. *Acerca de la gobernanza y la gestión migratoria. Crítica del papel de la OIM en el gobierno de la migración internacional y regional*. Buenos Aires: CLACSO, 2013.
- Feldman-Bianco, Bela, coord. *La construcción social del sujeto migrante en América Latina: prácticas, representaciones y categorías*. Quito: FLACSO/Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales/ Universidad Alberto Hurtado, 2011.
- García, Aurora; Beatriz JiménezBasco; Ángela Redondo González. “La inmigración latinoamericana en España en el siglo XXI”. *Investigaciones Geográficas*, n°. 70 (2009): 55-70. <http://www.scielo.org.mx/pdf/igeo/n70/n70a4.pdf>.

- Godínez Montoya, Lucila; Esther Figueroa Hernández; Francisco Pérez Soto. “Nueva reconfiguración de la inmigración internacional: el caso de España”. En *Hitos Demográficos del Siglo XXI: Migración Internacional*, editado por Juan Gabino González Becerril, Bernardino Jaciel Montoya Arce y Adán Barreto Villanueva, 13-32. Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México/CLACSO, 2014.
- González Becerril, Juan; Jaciel Montoya Arce; Adán Barreto Villanueva, eds. *Hitos Demográficos del Siglo XXI: Migración Internacional*. Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México/CLACSO, 2014.
- Glick Schiller, Nina; Linda Basch; Cristina Blanc-Szanton. *Transnationalism: A New Analytic Framework for Understanding Migration*. New York: Annals New York Academy Sciences, 1992. http://www.archivio.formazione.unimib.it/DATA/Insegnamenti/10_2246/materiale/glick%20schiller%20-%201992.pdf
- Lacomba, Juan. “¿Por qué nos preocupan las migraciones? Las migraciones como factor de desarrollo”. En *Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección*, editado por Nicole Pérez Ruales y Alex Valle Franco, 339-344. Quito: Ministerio de Derechos Humanos y Cultos, 2009.
- López Salas, Ana María. “Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria”. *Scielo*, vol 3, n° 5 (2005): 179-184.
- Llopis, Ramón. “El nacionalismo metodológico como obstáculo en la investigación sociológica sobre migraciones internacionales”. *Empiria Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, n° 13 (2007): 101-117.
<http://revistas.uned.es/index.php/empiria/article/view/1161/1066>.

- Mahía, Ramon; Rafael Del Arce. “Impacto de la crisis laboral sobre la población inmigrante”. *Real Instituto Elcano*, n° 21 (2010): 1-11. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/f91c0c8041353aec9656f66d616c2160/ARI212010_crisis_laboral_poblacion_inmigrante.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f91c0c8041353aec9656f66d616c2160
- Márquez, Humberto;Raúl Delgado Wise. “Una perspectiva del Sur sobre capital global, migración forzada y desarrollo alternativo”. *Migración y desarrollo*, vol. 9, n° 16 (2011): 3-42. <http://www.scielo.org.mx/pdf/myd/v9n16/v9n16a1.pdf>
- Massey, Douglas;Joaquin Arango;Hugo Graeme;Edward Taylor.“Theories of International Migration: a Review and Appraisal”. *Population and DevelopmentReview*, vol. 19, n°. 3 (1993): 431-466.DOI: 10.2307/2938462.
- Morales, Ramiro. “Globalización y emigración latinoamericana y caribeña a Estados Unidos”. En *Hitos Demográficos del Siglo XXI: Migración Internacional*, editado porJuan Gabino González Becerril, Bernardino Jaciel Montoya Arce y Adán Barreto Villanueva. Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México/CLACSO, 2014.
- Mitchell, Christopher. “International Migration, International Relations and Foreign Policy”. *International MigrationReview*, vol. 23, n° 3 (1989): 681-708.
- Munguía Salazar, Alex. *La política migratoria en los Estados Unidos*. Puebla: Piso 15 Editores, 2015. http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/work/sites/fdcs/resources/PDFContent/1386/Libro%20DIG%20%20La%20pol%C3%ADtica%20migratoria%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf
- Namihas, Sandra. *Derecho Internacional de los Refugiado*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

- Norwegian Refugee, Council Internal Displacement Monitoring Centre. “Global overview 2015: people internally displaced by conflict y violence”. *Internal Displacement Monitoring Centre*. 2015. <http://www.internal-displacement.org/assets/library/Media/201505-Global-Overview-2015/20150506-global-overview-2015-en.pdf>
- Nye, Joseph. *La naturaleza cambiante del poder norteamericano*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1991.
- OIM. “*Global migration trends: An overview*”. 2014. http://missingmigrants.iom.int/sites/default/files/documents/Global_Migration_Trends_PDF_FinalVH_with%20References.pdf
- . “Módulo de capacitación para una gestión fronteriza integral que garantice los derechos humanos de las personas en movilidad y combata la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”. *Organización Internacional para las Migraciones*. Marzo de 2012. http://www.oimperu.org/oim_site/documentos/Modulos_Fronteras_Seguras/Modulo2.pdf
- . “Migración, derechos humanos y política migratoria”. *Organización Internacional de Migraciones*. 2016. <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Migraci%C3%B3n-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria.pdf>
- ONU Global Migration Group. “Statement of the Global Migration Group on the Human Rights of Migrants in Irregular Situation”. *Global Migration Group*. 30 de septiembre de 2010. <http://www.globalmigrationgroup.org/system/files/uploads/news/GMG%20Joint%20Statement%20Adopted%2030%20Sept%202010.pdf>

- . Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales. “Migration in an Interconnected World: New Directions for Action”. *Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales*. Octubre de 2005. <https://www.unitar.org/ny/sites/unitar.org.ny/files/GCIM%20Report%20%20PDF%20of%20complete%20report.pdf>
- . United Nations Development Programme. “Human Development Report: Overcoming barriers: Human mobility and development”. *United Nations Development Programme*. 17 de noviembre de 2009. http://www.un.org/en/development/desa/population/events/pdf/8/UNDP_OHDR_Klugmann.pdf
- . “Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar: Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales”. *Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales*. Octubre de 2005. [www.gcim.org/mm/File/spanich.\(1\).pdf](http://www.gcim.org/mm/File/spanich.(1).pdf)
- . “Trends in international migration”. *Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: División de Población*. Diciembre de 2015. <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/populationfacts/docs/MigrationPopFacts20154.pdf>
- Passel, Jeffrey; Cohn D’Vera. *Overall number of U. S. unauthorized immigrant holds steady since 2009*. Washington D. C.: PewResearch Center, 2015.
- Perret, Gimena. “Migración, internet y política: lucha por derechos políticos transnacionales y formas de organización de los chilenos residentes en Argentina”. Tesis Doctoral, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2012. [http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/iigg-uba/20150825011324/TesisDoc Perret.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/iigg-uba/20150825011324/TesisDoc%20Perret.pdf)

- Pérez Ruales, Nicole; Alex Valle Franco, edit. *Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Pisarello, Gerardo. “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, *Vniversitas*, n°.110, (2005): 13.60.
- Porras Velasco, Angélica. *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana: período octubre 2008 - diciembre 2010*. Serie Jurisprudencia constitucional, 1.Tomo I. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- . *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana: período octubre 2008 - diciembre 2010*. Serie Jurisprudencia constitucional, 1.Tomo II. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Rodríguez Martínez, Miriam. “Migración y política. Particularidades del proceso migratorio cubano dentro de América Latina”. En *Las migraciones en América Latina*, compilado por Susana Novick. Buenos Aires: Catálogos/CLACSO, 2008.
- Ruiz de Santiago, Jaime. “Derechos humanos, derecho de refugiados: evolución y convergencias”. En *Derecho Internacional de los Refugiado*, coordinado por Sandra Namihás. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.
- Ruiz Guzmán, Alfredo; Pamela Aguirre Castro; Dayana Avila Benavidez., ed. *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*. Serie Jurisprudencia constitucional, 7. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016.
- Stefoni, Carolina. *Inmigrantes transnacionales: la formación de comunidades y la transformación en ciudadanos*. Chile: FLACSO, 2004. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Chile/flacso-cl/20120914100858/artstef.pdf>

Saxe-Fernández, John. “*Migración forzada en México y diseño económico/geopolítico de posguerra*”. En *Crisis económica y migración: ¿impactos temporales o estructurales?*, coordinado por Ana María Aragonés. México: UNAM/ Instituto de Investigaciones Económicas, 2014.

Tedesco, Laura “Latinoamericanos en España: de la integración al retorno”. En *Inmigración latinoamericana en España*, editado por Anna Ayuso y Gemma Pinyol, 119-125. Barcelona: Bellarera, 2010.

Villa Martínez, Marta Inés. “Desplazados y refugiados: entre ser, merecer y ocultar su situación. A propósito de la migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá”. En *La construcción social del sujeto migrante en América Latina Prácticas, representaciones y categorías*, editado por Bela Feldman Bianco, Liliana Rivera Sánchez, Carolina Stefoni, Marta Inés Villa Martínez, 339-350. Quito: FLACSO, 2011.

Wimmer, Andreas; Nina Glick Schiller. “Methodological nationalism and beyond: nation-state building, migration and the social sciences”. *Global Networks*, n.º. 4 (2002): 301-334.

Tratados internacionales

ONU Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A (III)

———. *Convención internacional sobre la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. 18 de diciembre de 1990. Resolución 45/158.

———. *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*, 1954. 28 de septiembre de 1954 Resolución 526 A (XVII).

- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. Resolución 2200 A (XXI).
- . *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. 21 de diciembre de 1965. Resolución 2106 A (XX).
- . *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. Resolución 44/25.
- . *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. 10 de diciembre de 1984. Resolución 39/46.
- . *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas*. 18 de diciembre 1992. Resolución 47/133.
- . *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. 2001. Res. No. 492-06.
- . *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. 15 de noviembre de 2000.
- OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 22 de noviembre. 1969.
- . *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*. 12 de septiembre de 1985.

Opiniones consultivas de la Corte IDH

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14. 19 de agosto de 2014.

———. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03. 17 de septiembre de 2003.

———. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02. 28 de agosto de 2002.

Sentencias de la Corte IDH

Corte IDH. “Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. 23 de noviembre de 2010.

———. “Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. 16 de noviembre de 2009.

———. “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo)”. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. 29 de julio de 1988.

———. “Sentencia de 23 de noviembre de 2011 (Fondo y Reparaciones)”. *Caso Fleury y otros vs. Haití*. 23 de noviembre de 2011.

———. “Sentencia de 26 de mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. 26 de mayo de 2010.

———. “Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. 24 de noviembre de 2011.

- . “Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. 25 de octubre de 2012.
- . “Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*. 25 de noviembre de 2013.
- . “Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. 24 de octubre de 2012.
- . “Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. 28 de agosto de 2014.

Sentencias TEDH

- TEDH. *Willis c. Reino Unido*, 11 de junio de, 2002,
- . *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, 7 de enero de 2010.

Comité de Derechos Humanos

- Comité de Derechos Humanos. *Observación General N° 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*. 1986.
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1403.pdf?view=1>

Sentencias Corte Constitucional

Ecuador. Corte Constitucional. Dictamen No. 0011-09-DTI-CC. Caso No. 0005-09-TI, 08 de octubre de 2009. Juez ponente: Dr. Patricio Pazmiño Freire.

———. Corte Constitucional. Sentencia 002-10-SIN-CC, 08 de abril de 2010. Juez Ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt.

———.Corte Constitucional. Dictamen No. 042-10-DTI-CC. Caso No. 0036-10-TI, 25 de noviembre de 2010. Juez ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt.

———.Corte Constitucional. Dictamen No. 013-11-DTI-CC. Caso No. 0023-11-TI, 25 de abril de 2013. Juez Ponente: Dr. Freddy Donoso.

———. Corte Constitucional. Sentencia 147-12-SEP-CC. CASO No. 1759-10-EP, 17 de abril de 2012. Juez Ponente: Dr. Remando Morales Vinueza.

———. Corte Constitucional. Sentencia No. 002-14-SIN-CC. Caso No. 0056-12-IN y 0003-12-IA acumulados, 14 de agosto de 2014. Juez Ponente Dra. Ruth SeniPinoargote.

———. Corte Constitucional. Sentencia 171-15-SEP-CC. Caso No. 0560-12-EP, 27 de mayo de 2015. Juez Ponente: Dr. Alfredo Ruiz Román.

———. Corte Constitucional. Sentencia 090-15-SEP-CC. Caso No. 1567-13-EP, 25 de marzo de 2015. Juez Ponente: Dr. Alfredo Ruiz Román.

———.Corte Constitucional. Sentencia No. 029-13-SCN-CC. Caso No. 0447-12-CN, 14 de mayo de 2013. Juez Ponente: Dra. María del Carmen Maldonado.

———. Corte Constitucional. Sentencia No. 108-12-SEP-CC. Caso No. N°0644-09-EP, 08 de marzo de 2012. Juez Ponente: Dr. Alfonso Luz Yunes.

- . Corte Constitucional. Sentencia No. 021-13-DTI-CC. Caso No. 0001-12-TI, 17 de julio de 2013. Juez Ponente Dra. Ruth SeniPinoargote.
- . Corte Constitucional. Sentencia No. 020-13-DTI-CC. Caso No. 0029-11-TI, 17 de julio de 2013. Juez Ponente: Dr. Manuel Viteri Olvera.
- . Corte Constitucional. Sentencia No. 001-15-DTI-CC. Caso N° 0007-14, 11 de febrero de 2015. Juez Ponente: Dr. Antonio Gagliardo Loor

Normativa

- Ecuador. Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Registro Oficial No. 938, el 06 de febrero de 2017.
- . Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial de 22 octubre de 2009.
- . Asamblea Nacional. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial N° 180 Quito, 10 de febrero de 2014.
- . Congreso Nacional. *Ley de Migración*. Registro Oficial 563 de 12 abril 2005
- . Congreso Nacional. *Ley de Extranjería*. Registro Oficial 454 de 4 de noviembre del 2004.
- . Presidencia de la República. *Decreto 248*. Registro oficial 135 del 23 de febrero de 2010.
- . Presidencia de la República. *Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Judicial*. Decreto Ejecutivo 2428. Registro Oficial 536 de 18 de marzo del 2002.

