

El derecho a la igualdad y no discriminación de los migrantes en situación irregular en Ecuador.

The right to equality and non-discrimination of migrants in irregular situation in Ecuador

Janeth Del Rocio Montero-Samaniego
Universidad Tecnológica Indoamérica - Ecuador
ab.janethmontero@hotmail.com

Yanet Nápoles-Nápoles
Universidad Tecnológica Indoamérica - Ecuador
yanetnapoles@uti.edu.ec

doi.org/10.33386/593dp.2021.5-1.832

RESUMEN

El presente artículo trata sobre los principios de igualdad y no discriminación de las personas en situación de migración irregular. El cuestionamiento y motivación por el estudio de la temática parte de recientes sucesos donde se realizaron deportaciones masivas a personas migrantes irregulares, vulnerando los más elementales principios de la normativa internacional y la nacional en materia de derechos humanos fundamentales. En el trabajo se abordan como puntos principales de análisis: 1- Definición y características del derecho a la igualdad y no discriminación; 2- El contenido esencial y alcance de la igualdad y no discriminación; 3- La igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; 4- La protección legal del derecho a la igualdad y no discriminación en la Constitución ecuatoriana de 2008 y 5- El hábeas corpus frente a la movilidad humana. Como objetivo central del estudio, se persigue analizar los postulados teórico doctrinales de los principios de igualdad y no discriminación y su aplicación real y efectiva en el Ecuador. La metodología empleada es la cualitativa, donde a través del análisis reflexivo y los puntos de vista de las investigadoras, se llega a conclusiones sobre la temática abordada.

Palabras claves: hábeas corpus, igualdad, migración irregular, no discriminación

Cómo citar este artículo:

APA:

Montero-Samaniego, J., & Nápoles-Nápoles, Y., (2021). El derecho a la igualdad y no discriminación de los migrantes en situación irregular en Ecuador.. 593 Digital Publisher CEIT, 6(5-1), 237-251 <https://doi.org/10.33386/593dp.2021.5-1.832>

Descargar para Mendeley y Zotero

ABSTRACT

This article deals with the principles of equality and non-discrimination of persons in a situation of irregular migration. The questioning and motivation for the study of the issue stems from recent events where mass deportations of irregular migrants were carried out, violating the most elementary principles of international and national regulations on fundamental human rights. At work, the main points of analysis are addressed: 1- Definition and characteristics of the right to equality and non-discrimination; 2- The essential content and scope of equality and non-discrimination; 3- Equality and non-discrimination in the Inter-American Human Rights System; 4- The legal protection of the right to equality and non-discrimination in the Ecuadorian Constitution of 2008 and 5- Habeas corpus against human mobility. The main objective of the study is to analyze the theoretical-doctrinal postulates of the principles of equality and non-discrimination and their real and effective application in Ecuador. The methodology used is qualitative, where through reflective analysis and the researchers' points of view, conclusions are reached on the topic addressed.

Key words: habeas corpus, equality, irregular migration, non-discrimination

Introducción

El análisis de temas relacionados con la regulación y protección de los derechos constitucionales, cobra cada día mayor interés e importancia para los juristas, tanto a nivel nacional como internacional.

Los derechos de las personas, constituyen un elemento esencial dentro del ordenamiento constitucional de un país democrático, por lo que la Constitución ecuatoriana de 2008, considerada por diversos autores como una Constitución de nuevo tipo, erigió verdaderas transformaciones en el refrendo y protección de los derechos, que se sustentan en principios regulados en el art. 11 y dentro de los que destaca el principio de igualdad y prohibición de discriminación; directa e inmediata aplicación de los derechos; prohibición de restricción del contenido de los derechos y de las garantías constitucionales, entre otros.

A pesar de que la Constitución ecuatoriana de 2008, por el conjunto de transformaciones que introduce en materia de derechos, es considerada como una de las más progresistas y garantistas de América Latina, aún existe un largo trecho por recorrer en materia de aplicación práctica y disfrute real de esos derechos

Las recientes oleadas migratorias que ha recibido el Ecuador, han hecho que seamos testigos no solo del intercambio cultural, sino también de algunas problemáticas de índole legal, que la migración ha sacado a la luz, como la obsolencia de normativas migratorias y el desconocimiento de instituciones que fueron creadas con visión de garantismo. Todo ello, ha motivado la realización del presente estudio, en el cual se analizan los postulados teórico doctrinales de los principios de igualdad y no discriminación y su aplicación real y efectiva en el Ecuador.

Desarrollo

Definición y características del derecho a la igualdad y no discriminación.

Los criterios de igualdad entre personas, parecería que con el fin de la esclavitud habían quedado saneados, sin embargo, el logro de esa igualdad o la también denominada no discriminación ha traído disímiles interpretaciones y posturas teóricas. En la época moderna hay quienes sitúan el renacer de este derecho en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial y su debacle y replanteamiento conceptual de humanidad e igualdad ante el exterminio de casi seis millones de personas, incluyendo niños.

Al respecto Bayefsky (1990), plantea que:

En los últimos 45 años, organismos internacionales se han abocado, en forma continua, al desarrollo y la promulgación del derecho de igualdad. Esto ha ocurrido en diversos contextos: en relación con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; en empleo, remuneraciones y educación; y en tortura, raza, sexo e infancia. Actualmente, también se está considerando en diversos contextos adicionales, incluyendo la religión, los enfermos mentales, las poblaciones indígenas y el derecho de salida y retorno (p. 34).

El derecho a la igualdad y no discriminación, posee a criterio de la doctrina internacional dos dimensiones de estructuración, la primera la Autónoma o Subordinada y la Abierta o Restringida, ambas las desarrollaremos en párrafos subsiguientes.

La dimensión Autónoma, hace referencia a la autonomía normativa o si se refiere a una igualdad por delegación, una muestra palpable de la primera resulta el artículo 26 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos establece:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de... (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966).

Como se puede observar estamos en presencia de una formulación sumamente clara sobre el cumplimiento de este derecho por parte de los países signatarios, dado además por la consideración de que la protección de la ley está garantizada en sí misma y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo.

Muestra de autonomía subordinada la encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en su artículo 2 esta constituye una norma de igualdad subordinada, pues prohíbe la discriminación únicamente en el contexto de los derechos y libertades contemplados en otros artículos de los respectivos instrumentos.

Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989).

Por su parte la formulación abierta, como su propio nombre lo indica resulta de la difícil manera de establecer el motivo discriminatorio dado su apertura, lo que tiene tendencia a la interpretación extensiva. De allí que su apertura sea su mejor garantía, pero en ocasiones su mayor falencia, por la no existencia de la taxatividad como es el caso de la estructuración restringida.

Contenido esencial y alcance de la igualdad y no discriminación.

Según Boaventura de Sousa (2010):

La desigualdad y la exclusión tienen en la modernidad un significado totalmente distinto del que tuvieron en las sociedades del antiguo régimen. Por primera vez en la historia, la igualdad, la libertad y la ciudadanía son reconocidas como principios emancipatorios de la vida social. La desigualdad y la exclusión tienen entonces que ser justificadas como

excepciones o incidentes de un proceso social que en principio no les reconoce legitimidad alguna. Y frente a ellas, la única política social legítima es aquella que define los medios para minimizar una y otra (pp. 3- 51).

Los procesos de igualdad y no discriminación se tratan de atributos y consecuencias históricas que se enarbolan mediante una prédica que se eleva a criterio de verdad, mediante el que se crea una cultura de heterotópica. Por lo que, se intenta enmarcar a los grupos sociales discriminados en categorías propias del acto discriminador, siendo esto el origen secundario de la misma. Hay quienes a estas ideas las remarcan como de la naturaleza socio-jurídica e histórica de la igualdad.

La igualdad tiene dos dimensiones claramente identificadas en doctrina (la igualdad formal o ante la ley y la igualdad material o real).

Igualdad formal: constituye el mandato de trato dirigido a las autoridades encargadas de aplicar la ley, imponiendo la obligación a las autoridades encargadas de aplicar las normas jurídicas, de utilizar tratos razonables y no discriminatorios. La igualdad ante la ley o igualdad formal, significa que la ley tiene que ser aplicada para todos; es decir, implica la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho –igualdad en el tratamiento hacia determinadas personas en situaciones paritarias o idénticas–.

Igualdad material: también denominada igualdad sustancial o real, es aquella que se traduce en igualdad de oportunidades, pues apunta a la igualdad de resultados. Si existen diferencias naturales o sociales entre las personas cuyas situaciones deben ser reguladas para producir una igualdad material, es necesario que exista un trato jurídico desigual. De esta forma, el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones, evitando la discriminación. Siendo así que, el Estado deberá garantizar mediante

acciones concretas (acciones afirmativas, acciones positivas o de discriminación inversa), la mitigación de las desigualdades de hecho y de derecho existentes, con la finalidad de encontrar niveles plenos de igualdad para aquellos sectores de la sociedad que lo requieran.

Según la Corte Constitucional de Colombia, el principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto solo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades, constituye un derecho constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

La igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En la Conferencia Regional Preparatoria para la “Conferencia Mundial contra la Discriminación Racial, el Racismo, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”, los gobiernos de las Américas establecieron principios que dan un marco conceptual para avanzar en la lucha contra la exclusión social y la discriminación en nuestro hemisferio (Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, 2001).

La Convención Interamericana de Derechos Humanos ha dejado sentado otro postulante interesante: “Que el principio de

igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico” (Convención Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

Según Dulitzky (2007, p. 56), uno de los aportes de la declaración generada en esta Conferencia es: “El reconocimiento de la diversidad humana en nuestro continente, enfocada en lo multirracial, pluriétnico, multicultural y multilingüístico”. Señala además, los efectos de los actos racistas y xenófobos como generadores de la carestía y la pobreza.

Un aspecto de gran interés resulta el binomio de interpretación en cuanto a sentido y alcances de normas que puedan vulnerar los principios de igualdad y no discriminación, pues en este caso tanto la Comisión como la Corte están facultadas para precisar los alcances del principio de igualdad y no discriminación, la interpretación de ambos son igual de trascendentes, aunque no exista identidad en naturaleza y valor legal de sus decisiones.

La reacción primera de estos entes ante un acto supuestamente transgresor de criterios sentados sobre discriminación y atentatoria de derechos subyacentes, es observar según Dulitzky (2017): “Si la cláusula, práctica, norma, acción u omisión estatal que se analiza establece directa o indirectamente diferenciaciones o distinciones basadas en algunas de las categorías vedadas por la Convención”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó en su medular Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 (Opinión Consultiva OC-18/03, 2003), solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados: “Se utilizará el término discriminación para hacer referencia

a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”.

También la propia CIDH sostiene sobre la noción de igualdad que resulta indisoluble con el género humano y su dignidad, por lo que todo acto que menoscabe ese principio en función y bajo el orden de privilegios y prebendas, debe considerarse incompatible. Pero se debe hacer la salvedad de que solo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1989) definió a la discriminación como:

(...) Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio

Protección legal del derecho a la igualdad y no discriminación en la Constitución ecuatoriana del 2008.

La Constitución ecuatoriana de 2008, posee uno de los más amplios catálogos de derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y de la naturaleza. Estos derechos se sustentan en principios de aplicación regulados en su art. 11 y dentro de los cuales destaca el principio de igualdad y prohibición de discriminación por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, **condición migratoria**, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce

o ejercicio de los derechos. Regulándose de manera específica que **La ley sancionará toda forma de discriminación**, así como, que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por lo que, en la constitución ecuatoriana de 2008, el derecho a la igualdad y no discriminación, no solamente es un derecho que se reconoce y garantiza a todas las personas en el artículo 66. 4, entre otros, sino también es un principio de aplicación de los derechos, un principio que guía el sistema nacional de inclusión y equidad social (art. 340, párrafo segundo) y un deber del Estado de garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sin discriminación (artículos 3.1 y 11.9), así como el de asegurar los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación (art. 341).

A pesar de los reconocimientos constitucionales que garantizan un mayor respeto a los derechos humanos de las personas en movilidad y que en el texto constitucional ecuatoriano se regula de manera expresa que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación (art. 11.3), es posible constatar en la práctica, que hasta la promulgación de la Ley Orgánica de Movilidad Humana de 2017, se insistía en aplicar la Ley de Migración y la Ley de Extranjería, la cuales fueron dictadas con anterioridad a la Constitución de 2008 y se sustentan en criterios de seguridad nacional y selectividad migratoria que atentan contra los derechos de personas inmigrantes, refugiadas y víctimas de trata y de tráfico.

Con la promulgación de Ley Orgánica de Movilidad Humana en el Ecuador de 2017, se establecieron y comenzaron a aplicar principios y responsabilidades del Estado que garantizaban

de manera más efectiva los derechos de las personas en situación de movilidad.

Dentro de estos principios, destaca precisamente el de no discriminación por condición migratoria, pues uno de los hitos constitucionales de la Constitución del 2008, es la de instaurar el principio de no discriminación por condición migratoria (Artículo 11 numeral 2).

A decir de la Coalición por las Migraciones y el Refugio (2009):

Este principio es decisivo en el ejercicio de derechos de las personas en movilidad, principalmente en el ámbito de la inmigración entra en confrontación directa con concepciones clásicas de soberanía y seguridad; cuestiona el sentido de la obtención de permisos de estadia, emisión de visados, censos específicos, permisos de trabajo, acceso a la seguridad social, la participación y la circulación de personas en condición migratoria irregular (pp. 2-25).

Otros principios regulados por la Ley Orgánica de Movilidad Humana son:

Derecho a migrar

Este derecho no resulta nuevo en su visión más general, pero su reconocimiento si es recién y su plasmación constitucional es aún más reciente, se ve relacionado con el derecho a la libertad, pero se enmarca en evitar las formas de criminalización de la migración (Artículo 40 de la Constitución del 2008).

La migración es un fenómeno súper complejo, de tendencias y causas múltiples, que no termina con la simple defensa y protección de libertades. Es responsabilidad estatal evitar sin demeritar el derecho de migrar que las políticas en pos de condiciones dignas de vida sean cada día más efectivas y que el acto de salir del país sea volitivo no decisión ante la carestía. Prohibición de no identificar a ninguna persona como ilegal

Esta prohibición resulta más una barrera mental, pero su traducción jurídica tiene dos

criterios fundamentales según Valle (2009):

La primera, evitando el uso de este calificativo sobre las personas en situación de movilidad, estableciendo sanciones para quien lo haga, sea en el ámbito público o privado; y la segunda, en el tratamiento que la legislación dé a las personas en condición irregular, al momento de ingreso, de salida y permanencia; y para que la situación irregular sea transitoria (p. 143).

Principio de no devolución

Este principio se refiere muchas veces a una idea que muchas personas no comparten y es que la devolución de migrantes a sus países de origen, significa en muchos casos una condena a muerte. Refiere Ponce que:

A nivel legal implica incluir este principio con una visión amplia y no centrado solo en materia de refugio, ya que el mandato puede ser aplicable a víctimas de tráfico de migrantes o trata de personas u otras personas que sin haber sido reconocidas con necesidad de protección internacional no puedan retornar a su país porque peligre su vida o integridad física (p. 98).

Al respecto su plasmación constitucional en el artículo 66 numeral 14, que establece:

Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas. Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados.

Principio pro personae aplicado a movilidad humana

Este principio está en la Constitución del Ecuador en el artículo 11 numerales 3 y 5 y grosso modo consiste en la interpretación normativa en función de la precautelación de derechos relativos a la movilidad humana, evitando los formalismos procedimentales que

menoscaban el derecho humano a la migración reconocidos en la normativa nacional y convenios internacionales. Es decir que es un principio ampliamente antropocentrista.

Principio de unidad familiar

La movilidad humana tiene en la Constitución del 2008 un gran peso, pues en materia de migración y movilidad era la normativa más avanzada, recordemos que el aparato migratorio y su normativa estaba desactualizado y caduco.

¿Qué es la migración irregular?

“La migración es el proceso a través del cual una persona o grupo de sujetos interrumpe sus actividades cotidianas y se desplaza de un territorio a otro, con el objeto de establecer una nueva residencia de manera temporal o definitiva” (Páez, 2000, p. 301).

El individuo que abandona su cultura de origen y tiene que adaptarse a un nuevo contexto cultural, debe afrontar dificultades socioculturales en tres dimensiones:

Dificultades culturales para adaptar costumbres: comprende aspectos relacionados con el conocimiento de las normas, tabúes y costumbres de la cultura de la sociedad receptora y con el conocimiento del idioma. Los roces y malentendidos se producen cuando la persona que migra se encuentra en otra cultura cuyas reglas de funcionamiento desconoce.

Dificultades prácticas/básicas: describe los principales problemas, como la obtención de permisos de residencia, acceso al mercado laboral, cobertura de las necesidades de salud física y vivienda, y conocimiento del funcionamiento administrativo de varios organismos oficiales y asistenciales.

Dificultades para preservar las costumbres: se refiere a los obstáculos relacionados con el mantenimiento de las tradiciones y costumbres de la cultura de origen, lo que se puede reflejar en una comida específica, un estilo de vida

particular, actividades de recreación y el lugar de las prácticas religiosas (2004, p. 78).

El aferramiento y la lealtad cultural y sistémica son fenómenos que golpean duramente al migrante, al adquirir sub-identidades que tardan en difuminarse, estas son las relacionadas con su permanencia en la sociedad receptora y las que tienen que ver con su pertenencia a la cultura de origen Horenczyk citado por Sosa y Zubieta (2010, pp. 155-159).

Además de estas problemáticas, la situación del migrante se hace más difícil si se encuentra en situación irregular.

La migración irregular se da cuando una persona ingresa a, o vive en, un país del cual no es ciudadano o ciudadana, violando sus leyes y regulaciones de inmigración.

Dentro de los migrantes en situación irregular podemos encontrar disímiles clasificaciones. 1- Los que han entrado al país legalmente, pero se tornan irregulares al quedarse más de lo permitido o al trabajar sin permiso; 2- Los de tránsito (entran y salen en situación irregular); 3- Los que buscan adecuarse a las leyes y reglas nacionales, pero no logran hacerlo por diversas razones.

En todos los casos, los migrantes en situación irregular se encuentran expuestos a otras problemáticas como: vulneración a la mayoría de los derechos humanos (derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a una vida digna, etc.), desprovistos de condición jurídica o social alguna, el trabajador migratorio en situación irregular está expuesto al abuso y explotación laboral, y en muchos casos, al no tener acceso al trabajo son víctimas de explotación sexual, o tienen que acudir a la mendicidad para la obtención de ingresos económicos que les permita la subsistencia.

En la mayoría de los países existen migrantes en situación irregular, pudiendo llegar a ser deportados si son detectados.

En torno a ello, la Ley Orgánica de Movilidad Humana del Ecuador, en su

artículo 21 establece una identificación de vulnerabilidad. Y regula que:

Las personas ecuatorianas en el exterior tanto en tránsito como en el país de destino que se encuentren en situación de vulnerabilidad recibirán atención prioritaria de conformidad con el reglamento de esta Ley. Esta situación será declarada por la autoridad de movilidad en el Ecuador o a través de las misiones diplomáticas u oficinas consulares en el exterior, cuando se cumpla al menos con una de las siguientes condiciones:

1. Se encuentre en **condición irregular** en el país de destino y no cuente con los recursos suficientes para retornar al Ecuador y en su artículo 24.6 establece que serán atribuciones especiales para la asistencia y protección en materia de movilidad humana, brindar asistencia oportuna, inmediata y efectiva a las personas ecuatorianas privadas de libertad en el exterior. Realizar visitas periódicas a los centros de privación de libertad, en particular, a aquellos destinados para **personas migrantes en situación irregular** y elaborar informes para las autoridades competentes, respecto a las condiciones de detención, las condiciones físicas y psicológicas y velar que se aplique el debido proceso.

Además se establece en la sección VI, la deportación para los extranjeros en situación irregular en Ecuador, según las causales reguladas en los artículos 143 y siguientes.

Los procesos de deportación

El proceso de deportación es un acto administrativo mediante el cual el Estado de un país usa la facultad y derecho de escoger y determinar cuáles son las personas extranjeras que considera adecuadas para sus intereses, procediendo a expulsar a aquellas que no se ajustan a los mismos (Llerena, 2018).

La normativa internacional reconoce estas facultades de los Estados de discernir las personas que puedan estar siendo ajenas a sus intereses, pero estas propias facultades

son en muchos casos generadoras de abusos y vulneraciones de derechos.

Un poco de la historia de la deportación y su formulación legal en el Ecuador en los primeros años de su liberación nos acerca Benavides (2018):

La deportación se empieza a utilizar en Ecuador en 1837, asociándola con la pena de destierro o confinamiento en lugares inhóspitos del país, aplicándola a personas que habían cometido delitos graves, especialmente políticos. En 1869, pasa a denominarse “extrañamiento” y se aplica a los extranjeros que hubieren comprometido la seguridad interior o exterior del Estado. En 1886 y 1921 las primeras leyes de extranjeros, determinaron que los extranjeros podían ser “expelidos” del territorio cuando participen en disensiones civiles o cuando cometieren actos perniciosos para la moral y las buenas costumbres (p. 74).

En este sentido la Organización Internacional para las Migraciones (en lo adelante OIM) (2015), hace referencia a los estándares internacionales relativos a la deportación a saber:

- No procede la deportación de nacionales.
- No expulsión de refugiados o personas que puedan sufrir tortura.
- No expulsión de extranjeros de larga data que hubieren adquirido vínculos familiares.
- No deportación colectiva. No discriminación.
- Representación legal, porque el extranjero es un ser humano con derecho a la defensa e impugnación.
- La Deportación debe ser una medida excepcional. El extranjero no es un delincuente.
- Evitar la discrecionalidad.

El hábeas corpus frente a la movilidad humana.

El origen grecolatino del término es innegable en este sentido Aguirre y Quiroz (2016) plantean:

El hábeas corpus proviene del latín *ad subiiciendum*, el cual significa “traer el cuerpo”, e igualmente puede ser nombrado como “cuerpo presente” o “persona presente”; dicho esto, es el derecho que posee toda persona detenida a comparecer ante la autoridad competente (juez), donde la misma identificará si aquella detención fue realizada de manera legal, caso contrario por medio de una resolución (sentencia) la persona podrá recuperar su libertad (p. 98).

Por otro lado, el hábeas corpus está concebido como una acción jurídica que podrá ser interpuesta frente a una privación de libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima de cualquier persona y donde la misma permite a la autoridad judicial determinar si dicha privación se realizó de acuerdo a las disposiciones señaladas en la Constitución, caso contrario la persona recobrará su libertad inmediatamente (Vázquez, 2016, p.135). Por su parte Grijalva (2009, p. 214) hace extensivo su alcance a “Aquellas situaciones de detención arbitraria por parte de autoridades públicas, a toda forma arbitraria de privación de libertad..., y además destaca, la protección a la vida e integridad física de quienes están privados de su libertad”.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1998 define esta garantía como:

(...) La garantía tradicional que, en calidad de acción, tutela la libertad física o corporal o de locomoción a través de un procedimiento judicial sumario, que se tramita en forma de juicio. Generalmente, el hábeas corpus extiende su tutela a favor de personas que ya están privadas de la

libertad en condiciones ilegales o arbitrarias, justamente para hacer cesar las restricciones que han agravado su privación de libertad. La efectividad de la tutela que se busca ejercer con este recurso depende, en gran medida, de que su trámite sea sumario, a efecto de que, por su celeridad, se transforme en una vía idónea y apta para llegar a una decisión efectiva del asunto en el menor tiempo posible.

Existen otros ámbitos donde el hábeas corpus brinda protección, esto es en materia de movilidad humana, contemplada en el artículo 43 numerales 2 y 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respectivamente, donde se estipula que:

Nadie puede ser exiliado forzosamente, desterrada o expatriada de territorio nacional” y en el caso de extranjeros, “incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político no serán expulsados y devueltos al país donde peligre su vida, libertad, integridad y seguridad (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

En el caso de nacionales y extranjeros, la acción de hábeas corpus tiene como principal objetivo evitar el exilio forzoso, ser desterrado o expatriado del territorio nacional y muy concretamente en el caso de ser extranjeros dicha acción garantizará la permanencia dentro del territorio de solicitantes de refugio o asilo político, incluso si no han solicitado protección.

En nuestra legislación el principio de no devolución está consagrado en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana de la siguiente manera:

La persona no podrá ser devuelta o expulsada a otro país, sea o no el de origen, en el que sus derechos a la vida, libertad o integridad y la de sus familiares corran el riesgo de ser vulnerados a causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, género, orientación sexual, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas, o cuando

haya razones fundadas que estaría en peligro de ser sometida a graves violaciones de derechos humanos de conformidad con esta Ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos (Ley Orgánica de Movilidad Humana, 2017).

A pesar de estas regulaciones de la Ley Orgánica de Movilidad Humana en el Ecuador y de preceptuado en la Constitución ecuatoriana de 2008, en cuanto a la regulación y protección de los derechos de las personas en un plano de igualdad y no discriminación, se hace necesario continuar fomentando una cultura de respeto a los derechos de los migrantes en situación irregular, por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Lo cual requiere de acciones concretas a fin de evitar quebrantamientos de sus derechos.

En atención a ello, la Corte Constitucional ecuatoriana se ha pronunciado de manera clara y precisa en favor de los derechos de este grupo de personas. Cuestión que puede ser constatada en dos de las sentencias más relevantes que en este sentido han sido dictadas y que a continuación analizaremos brevemente. Aunque también se observa que existen pocas sentencias que hacen referencia específicamente a la temática de la migración.

Sentencia No. 035-17-SIN-CC

En esta sentencia se trataba de la posible inconstitucionalidad de un Decreto ejecutivo presidencial, donde se intentaba criminalizar a la nacionalidad colombiana, sosteniendo como argumento el aumento de la delincuencia en el país en el periodo en que se dictaba el decreto. Se enunciaba que los ciudadanos colombianos se organizaban en bandas criminales, por lo que se les comenzó a solicitar para su arribo al Ecuador la entrega de antecedentes penales y policíacos de su país de origen, debidamente legalizados ante instancias correspondientes.

En dicho decreto se consideraba: Que la seguridad nacional se ha visto gravemente afectada debido a la incursión, principalmente de los colombianos, que en algunos casos

pasan a formar parte de asociaciones con fines delincuenciales; Que la ciudadanía ha sido directamente afectada por el incremento en los actos delictivos; Que si bien los extranjeros que quieren ingresar al Ecuador en calidad de turistas, conforme a los convenios internacionales, únicamente requieren de su documento de identificación, esto no obsta para que se requiera de documentación adicional, por la cual se procure evitar el ingreso de delincuentes colombianos (Decreto N.º 1471).

Consideraciones en las cuales se puede apreciar una marcada xenofobia y un prejuicio hacia una nacionalidad en particular al denominar “delincuentes colombianos”, lo cual resulta un sesgo jurídico que vulnera el principio de igualdad y no discriminación, resultando que solo las personas pertenecientes a una nacionalidad deben demostrar lo inmaculado de su pasado judicial. Este acto criminaliza no solo la migración, sino atenta contra el derecho al libre tránsito de los ciudadanos, vulneraciones que advierte la Corte al referir:

Así, se verifica que el Estado ha adquirido la obligación de velar por la materialización del derecho a la igualdad, lo que se ha traducido en la obligación de toda autoridad pública de aplicar la ley de igual forma entre personas que se encuentran en situaciones e hipótesis jurídicas iguales, y de diferente forma entre quienes se encuentran en situaciones o hipótesis jurídicas diferentes. En consecuencia, en el marco de un Estado constitucional de derechos, es inadmisibles generar a través de un acto normativo privilegios o desventajas entre individuos en condición de igualdad, salvo que ello obedezca a una razón justificada y fundamentada; lo contrario configuraría una vulneración a los preceptos constitucionales contenidos en el numeral 2 del artículo 11 y en el numeral 4 del artículo 66 (Sentencia 035-17-SIN-CC, Corte Constitucional).

Por su parte también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) resaltó:

Resulta incompatible con la noción de igualdad toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos (Opinión Consultiva N.º OC-17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

La propia CIDH establece la salvedad de que no toda disposición que realice una distinción debe ser considerada como elemento de discriminación, sino solo la que “carezca de justificación objetiva y razonable”.

La Corte Constitucional en la sentencia que analizamos marca un freno importante al enmarcar que no hay manera de sostener el argumento de la delincuencia atribuido a la presencia de ciudadanos colombianos, pues el decreto no hace referencia a estadística alguna de rigor. “No obstante, resulta difícil prever que la presunta eventualidad pueda acaecer cierta y exclusivamente con las personas de nacionalidad colombiana, y no en otro grupo de extranjeros que ingresen al país” (Sentencia 035-17-SIN-CC, Corte Constitucional).

Otro punto importante es el desarrollo y advertencia de la Corte en cuanto a las denominadas categorías sospechosas, como elemento de ocultamiento de los verdaderos postulados de una normativa.

Resulta claro para esta Corte, en primer lugar, que todas aquellas “distinciones” que se fundan en los criterios expuestos en la norma constitucional del artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, prima facie son inconstitucionales a menos que se demuestre lo contrario, dada la carga argumentativa y probatoria que implica justificar para quienes establecen un trato diferente que el mismo es razonable y proporcional; y en segundo lugar, solo una justificación razonable exime a quienes hayan establecido distinciones, de la responsabilidad de que pueda imputárseles un tratamiento discriminatorio (Sentencia N.º 080-13-SEP-CC, Corte Constitucional).

Si bien como reza un axioma, el que no conoce su historia está condenado a repetirla, sometemos a debate una Sentencia de la Corte Constitucional que define y forma una jurisprudencia de alto nivel técnico que la hace de obligatorio estudio y observancia para quienes aplican la justicia diariamente en el Ecuador. Lo planteado por esta sentencia se vio reflejado en actos de deportación masiva a ciudadanos cubanos en el año 2016. De ahí que la historia se repite.

Sentencia No. 159-11-JH/19

En esta sentencia la Corte Constitucional ecuatoriana analizó las consideraciones previas sobre la movilidad humana como contexto general; el hábeas corpus para garantizar la libertad de las personas en movilidad; la privación de la libertad de personas en situación de movilidad; el derecho a la igualdad y no discriminación y la aplicación de perfiles discriminatorios en el marco de operativos de control migratorio; las condiciones de los establecimientos de privación de libertad de personas extranjeras en situación de movilidad; el debido proceso en el proceso de deportación; el derecho a migrar y los límites del Estado para controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras, y la reparación integral.

El caso en cuestión, trata de la detención de un ciudadano extranjero, de nacionalidad cubana, el cual ingresa a Ecuador en el año 2009 y al ser detenido en enero de 2011 se encontraba en trámites de regularización. Sin embargo, su condición en ese momento era irregular. En virtud de aquello, la Intendencia General de Policía de Pichincha convocó a audiencia de deportación y el primero de febrero de 2011 se presentó acción de hábeas corpus en su favor, la cual fue negada en primera y segunda instancia.

Los fundamentos para desestimar el hábeas corpus por parte de los jueces de primera y segunda instancia fueron los siguientes:
Existir una orden de deportación en firme.

El encausado ha infringido la Ley de Migración. No ha demostrado que su deportación represente peligro para su vida. No ha demostrado la data de su privación de libertad.

El encausado se encuentra ilegal en el país.

En el caso de los jueces de segunda instancia: Se ha vulnerado el derecho a la defensa del jefe o Director de Migración persona que debió ser demandada.

Con fecha 30 de mayo de 2011. La Corte luego de entender que el caso cumplía con los parámetros de gravedad, novedad de la causa, falta de precedente judicial y relevancia nacional; acepta su sustanciación y se designa Juez ponente. Sin embargo, transcurren siete años y no es hasta que la nueva Corte activa el caso, que se procede a dictar sentencia.

La sentencia de Corte Constitucional deja claro que ante la vulneración de derechos se puede hacer un autoexamen de constitucionalidad, lo que en teoría rompería la doctrina de los actos propios, pero da un golpe de autoridad en función de precautelar derechos de uno de los integrantes del grupo de atención prioritaria como son los migrantes (en este caso en situación irregular). También con la revisión de un caso sustanciado a medias por la Corte anterior demuestra la real vocación de justicia que debe inspirar a una Corte Constitucional.

En función de los principios de prevención y publicidad la Corte plantea que se circule y distribuya en los portales de las instituciones que intervinieron en la afrenta, ha dicho que el objetivo “De que se conozcan hechos que son considerados violatorios a los derechos y que se pueda prevenir futuros casos semejantes al que motiva esta sentencia”.

En el caso de la reparación económica al accionante, la Corte fue definitiva en no dejar expedita la vía administrativa y decidir el monto que como indemnización se debe pagar por parte del Ministerio del Interior,

valor calculado en función del salario básico unificado y los días de detención.

Del análisis de la sentencia se puede constatar que el hábeas corpus es una garantía idónea para proteger a las personas en movilidad humana, privadas ilegítimamente de su libertad y que a través de dicha sentencia se ratifica la prohibición constitucional de privar de libertad a una persona por fines migratorios, pues constituye un acto discriminatorio y contrario al derecho a migrar.

Se confirma además, que la situación de movilidad humana tanto para las personas nacionales que salen del Ecuador, como para las personas que ingresan o transitan por el país, constituye un factor de vulnerabilidad de derechos, en particular para quienes se encuentran en condición migratoria irregular. De tal manera, que el reconocimiento, respeto y garantía de derechos sin discriminación es una tarea fundamental del Estado.

Por lo que la sentencia 159-11-JH/19 posee una importancia medular para el estudio constitucional ecuatoriano, ya que sus postulados, criterios jurisprudenciales marcan una decisión en materia de movilidad humana, precautelando la irregularidad de las personas y evitando la criminalización de la migración, valorando la prevención de estas conductas y su certera censura con visión de futuro para que el tipo de conducta que se señala en la sentencia no vuelvan a repetirse, pues al ser los pronunciamientos de la Corte vinculantes, constituyen un elemento de observancia y cumplimiento cabal por parte de los operadores de justicia.

Conclusiones

Los procesos migratorios suceden a nivel mundial en un alto índice, la carestía económica, la vulneración de derechos, hace que cada día muchas personas tomen el camino de salir de sus países de origen en busca de mejores condiciones de vida para sus familias.

De la revisión de la normativa ecuatoriana

en temas de migración y movilidad humana, podemos determinar que, aunque con la nueva Ley Orgánica de Movilidad Humana ha mejorado el nivel de la normativa en este tema y su aporte principal ha sido el de unificar la normativa, aún sus postulados no cumplen con los estándares internacionales en temas de igualdad y no discriminación, pues estos temas se encuentran muchas veces invisibilizados, por lo que el efecto no puede ser solo normativo, sino que la esfera de protección debe ser integral.

El hábeas corpus ha sido una institución histórica, pero no se había entendido su uso para precautelar derechos migratorios, por lo que una revisión exhaustiva del mismo debe llevar una nueva visualización del fenómeno migratorio elevado a nivel constitucional, mediante las formas de control constitucional, ya sea el concentrado o difuso. Por lo que se hace necesario una mejor preparación de los jueces en materias relativas a la movilidad humana.

La Corte Constitucional ecuatoriana, a pesar de contar con pocas sentencias referidas específicamente al tema de la migración, en sus fallos dictados sobre la temática se ha pronunciado de manera clara y precisa en favor de los derechos de este grupo de personas, con criterios jurisprudenciales tendientes a evitar la criminalización de la migración y la prevención de conductas vulneradoras de sus derechos. Dejando claro que la situación de movilidad humana, tanto para las personas nacionales que salen del Ecuador, como para las personas que ingresan o transitan por el país, constituye un factor de vulnerabilidad de derechos, en particular para quienes se encuentran en condición migratoria irregular. De tal manera, que el reconocimiento, respeto y garantía de derechos sin discriminación alguna, es una tarea fundamental del Estado.

Referencias bibliográficas

Aguirre, P., & Quiroz, R. (2016). *Hábeas Corpus en la Legislación Ecuatoriana*. Quito: Publicaciones ED.

Añon, M. (2001). *Igualdad, diferencias y desigualdades*. México DF: Fontamara.
Arango, J. (2004). *Inmigración, cambio demográfico y cambio social*. Scielo.

Bayesky, A. (1990). *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*. *Human Rights Law Journal*.

Benavides Llerena, G. (1 de junio de 2018). *Procesos de deportación en Ecuador*. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/>: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1025/1/RAA-23-Benavides-Procesos%20de%20deportaci%C3%B3n%20en%20Ecuador.pdf>

Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. (8 de septiembre de 2001). *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Obtenido de <https://www.un.org/>: https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf

Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de noviembre de 1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de Unicef: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Corte Constitucional del Ecuador. (23 de julio de 2012). *Sentencia No. 245-12- SEP-CC*. Obtenido de Corte Constitucional del Ecuador:

De Sousa Santos, B. (2010). *Desigualdad, exclusión y globalización:hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*. En D. Caicedo Tapia, & A. Porras Velazco, *Igualdad y no discriminación.El reto de la diversidad*. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Dulitzky, A. (2007). *El principio de igualdad*

y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana. Anuario de Derechos Humanos.

Grijalva, A. (2009). La Justicia Constitucional del Ecuador en 2009. Quito: UASB.

OIM. (3 de mayo de 2015). Derechos Humanos de personas migrantes. Manual Regional. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/>: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>

Opinión Consultiva OC-18/03, OC-18/03 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de septiembre de 2003).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Obtenido de Oficina del Alto Comisionado: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Páez, D., Gonzalez, J., & Aguilera, N. (2000). Identidad cultural, aculturación y adaptación de los inmigrantes latinoamericanos en el País Vasco. Bilbao: Getxo.

Ponce Leiva, J. (2005). Emigración y política exterior en Ecuador. Quito: Abya Yala. Flacso Ecuador.

Sosa, F., & Zubieta, E. (2010). Estilos de personalidad y aceptación de la diversidad cultural. Investigaciones en Psicología. Revista de Investigaciones en Psicología.

Valle, A. (2009). El derecho a tener derechos.

En N. Pérez Ruales, & A. Valle Franco, Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Vázquez, A. (2016). La eficacia del hábeas corpus, análisis de casos de la Corte Provincial de Justicia de El Oro. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.