

Coalición por las Migraciones y el Refugio



CONTENIDOS BÁSICOS SOBRE MOVILIDAD HUMANA

APORTES PARA UNA NORMATIVA EN ECUADOR

Quito, diciembre 2009

ÍNDICE

	Página
1. Introducción	2
2. Contexto normativo y necesidad de una nueva legislación	3
3. Contenidos mínimos de la normativa sobre movilidad humana en Ecuador	6
3.1 Responsabilidad del Estado	6
3.2 Principios generales sobre movilidad humana	6
3.3 Contenido básico en materia de emigración.	12
3.4 Contenido básico en materia de inmigración.	14
3.5 Contenido básico en materia de refugio	17
3.6 Contenido fundamental en materia de desplazamiento arbitrario (desplazamiento interno)	20
3.7 Contenido básico en materia de trata de personas	21
3.8 Contenido básico en materia de tráfico de migrantes	22
3.9 Algunos aspectos clave sobre la institucionalidad	23
3.10 Sobre la estructura de la ley de movilidad humana	24
Bibliografía	25

1. INTRODUCCIÓN

La Coalición por las Migraciones y el Refugio¹ agrupa a instituciones y profesionales a título personal que trabajan temas de movilidad humana desde diferentes ámbitos. Busca generar propuestas que propicie cambios favorables para un efectivo ejercicio de derechos de las personas en situación de movilidad.

En el año 2007, elaboró el Primer Informe Sombra sobre el cumplimiento de la Convención de los Trabajadores Migratorios y sus Familias y envió al Comité de Naciones Unidas encargado del tema. El informe fue insumo para las observaciones y recomendaciones al Estado ecuatoriano.

En el mismo año, ante las declaraciones del gobierno actual que manifestó la intención de regularizar a 500.000 personas colombianas², se presentó una propuesta de regularización. Este proceso no llegó a implementarse.

A finales de 2007 la Coalición presentó una propuesta sobre Movilidad Humana en la Asamblea Nacional Constituyente, logrando que una gran mayoría de los planteamientos sean acogidos e incorporados en el texto de la actual Constitución. Seguidamente, la Coalición elaboró una propuesta, en alianza con el Plan Comunicación Migración y Desarrollo, para la elaboración de la Ley Integral de Movilidad Humana, entendida como un cuerpo legal integral respecto de las diferentes dinámicas de la movilidad. Esta iniciativa fue acogida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Secretaría Nacional del Migrante, se conformó un equipo consultor para la redacción del proyecto de ley. Se sumó la Red del Austro.

Sin embargo, luego de cuatro meses de trabajo y debido a las medidas restrictivas adoptadas por el gobierno sobre movilidad humana³, el equipo consultor renunció y se dio por terminado el acuerdo político existente entre la Coalición y el Estado. Con la finalidad de aportar en la discusión del proyecto de ley de movilidad humana, la Coalición presenta este documento con un conjunto de directrices indispensables para la misma. La generación de una legislación que considere la integralidad de la movilidad humana en forma coherente con la Constitución, instrumentos internacionales y derechos humanos es urgente.

¹ A la presente fecha la Coalición por las Migraciones y Refugio está conformada por Catholic Relief Service, Fundación Esperanza, Pastoral de Movilidad Humana de la Conferencia Episcopal del Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Tierra de Hombres, y como profesionales a título personal: Javier Arcentales, Gina Benavides y Francisco Hurtado.

² Diario Hoy, publicado el 08/Febrero/2007 versión electrónica <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/ultima-hora-actualizacion-constante-258433-258433.html>.

³ Dentro de las medidas restrictivas en temas de movilidad implementadas por el gobierno entre diciembre de 2008 y abril 2009, se encuentran la exigencia de pasado judicial a personas colombianas previo el ingreso al Ecuador, la reforma al Decreto 3301 sobre refugio, la posibilidad de implementar un estado de excepción en la provincia de Esmeraldas, la realización de controles migratorios militares y el incremento de las deportaciones.

2. CONTEXTO NORMATIVO Y NECESIDAD DE NUEVA LEGISLACIÓN

La Constitución de 2008 marca un hito en el reconocimiento y protección de derechos de las personas en situación de movilidad, plantea una nueva visión del tema migratorio, superando concepciones anteriores en el ámbito jurídico. Hay que recordar que la Constitución de 1998 no hacía mayor referencia al tema y no consideró la realidad ecuatoriana y global.

La actual Constitución incorpora la noción de movilidad humana, principios innovadores y reconoce derechos específicos al tema, busca articularlos de manera integral, para brindar un tratamiento, desde la perspectiva de derechos a todas las dinámicas de la movilidad humana *“Por primera vez en la historia latinoamericana y mundial, un país incluye en su Constitución Política los derechos, garantías e instituciones de protección de las personas en movilidad humana y sus familias; es decir reconoce los derechos de los emigrantes, inmigrantes, asilados, refugiados, desplazados y migrantes internos, así como las víctimas de trata de personas y tráfico de migrantes”*.⁴

Así, en el título II de Derechos, está el principio de no discriminación por condición migratoria (Art. 11 num. 2) y una sección sobre movilidad humana que incluye a la población en movilidad como grupo de atención prioritaria. Se reconoce el derecho a migrar, se establece la prohibición de considerar a una persona como ilegal por su condición migratoria y se desarrollan las responsabilidades que el Estado tiene con las personas ecuatorianas en el exterior para el ejercicio de sus derechos (Art. 40).

En dicha sección, se reconocen los derechos de asilo y refugio y se introduce principios sustanciales en la protección a las personas en estas condiciones, como el principio de no devolución, la no sanción por ingreso o permanencia irregular, la asistencia humanitaria y la posibilidad excepcional de reconocimiento colectivo del estatuto de refugiado (Art. 41).

De manera innovadora se establece la prohibición de desplazamiento arbitrario y se garantiza el derecho a recibir protección, asistencia humanitaria emergente y a retornar al lugar de origen de forma voluntaria, segura y digna (Art. 42).

Estos principios y derechos de la Constitución ecuatoriana constituyen el núcleo del contenido sobre movilidad humana y establecen el punto de partida para el ejercicio y la protección de las personas. El tema de movilidad cruza de manera transversal el texto constitucional por lo que existen otros artículos que complementan a los mencionados y que buscan garantizar el ejercicio de otros grupos de derechos como los del buen vivir y los de participación.

En el capítulo sobre relaciones internacionales (Art.416 num. 6 y 7) se establecen principios decisivos para la política migratoria del Ecuador en las relaciones con otros países, respecto a la integración regional y el trato a las personas de otras nacionalidades. Se incorpora el

⁴ Patricio Benalcázar Alarcón, “El ABC de la Movilidad Humana en la nueva Constitución de la República del Ecuador” en Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, INREDH, Quito, Julio 2009.

principio de ciudadanía universal, libre movilidad, el progresivo fin de la condición de extranjero y la exigencia del respeto de los derechos humanos de las personas migrantes.

Como se observa, el contenido constitucional sobre movilidad humana plantea una perspectiva de respeto y garantía de derechos de las personas en movilidad desde una visión integral y coherente. En contraste, la legislación secundaria vigente no se ajusta ni los parámetros constitucionales ni a los convenios internacionales de derechos humanos.

La Ley de Migración que regula el ingreso y salida de personas del territorio ecuatoriano y la Ley de Extranjería que regula la permanencia de las personas extranjeras en el Ecuador datan de 1971, con una tibia codificación del año 2005 y se fundamentan en teorías securitistas y de soberanía contrarias a la perspectiva garantista de la actual Constitución.

El procedimiento para reconocer la condición de refugio se encuentra en el Decreto Ejecutivo 3301 de 1992, se requiere optimizar los mecanismos y garantías para atender de manera adecuada a las personas con necesidad de protección en el Ecuador, y cuya regulación tenga categoría de ley.

Otras leyes conexas, como la de documentos de viaje, la de naturalizaciones, el Código del Trabajo y sus respectivos reglamentos también requieren ser adecuadas a la nueva Constitución y a los estándares internacionales de derechos humanos.

En el “Diagnóstico inicial de legislación nacional sobre movilidad humana” elaborado por el Equipo Técnico de la Ley Integral de Movilidad Humana⁵, se señala que *“la normativa vigente no está conforme con los principios y derechos establecidos en la Constitución ni con los estándares internacionales”* y ubica los siguientes aspectos:

- Contradicción con algunos principios, tales como el principio de igualdad entre personas ecuatorianas y extranjeras y la prohibición de no discriminación por condición migratoria,

En la legislación revisada se establecen diferencias marcadas entre personas ecuatorianas y personas extranjeras. Iniciando por los requisitos y procedimientos para ingresar y permanecer en el Ecuador y las causales de exclusión establecidas tanto en la Ley de Extranjería como en la Ley de Migración marcan de inicio un trato diferenciado y de control a las personas extranjeras que indirectamente incide en el ejercicio de otros derechos como la nacionalidad, trabajo, educación, salud, vivienda, entre otros.⁶

- Respecto del principio de no criminalización por condición migratoria: Advierte que en *“la legislación vigente en su mayoría priman otros factores como la soberanía nacional, la seguridad del Estado, el orden público por sobre los derechos de las personas en situación de movilidad”* lo que contraviene el principio pro ser humano:

⁵ Equipo Técnico para la elaboración del proyecto de Ley Integral de Movilidad Humana, “Diagnóstico inicial de legislación nacional relacionada con la temática de movilidad humana”, Documento anexo del informe final entregado a Fundación Esperanza, Ministerio de Justicia, SENAMI, PMCD y CIMR en abril 2009.

⁶ Ibid.

Lo establecido en la Ley de Migración respecto a las sanciones y multas a las personas que contravienen lo establecido en esta norma y sobre todo el procedimiento de deportación, bastante arbitrario y difuso, atentan de manera clara y directa contra el principio de no criminalización por la condición migratoria.⁷

- Dispersión normativa de la temática de movilidad humana y ausencia de una visión integral, indica que alrededor de 16 leyes regulan directamente la materia. Agrega que en algunos ámbitos no regulados se deja un espacio a la arbitrariedad de funcionarios públicos y no está definido con claridad los actos discrecionales en materia de movilidad.
- No se toma en cuenta la reserva de ley para la regulación de derechos y existe una gran carga de normativa reglamentaria, principalmente en referencia a la regulación de derechos como el refugio, regulado por normativa de jerarquía inferior a la ley, cuando corresponde estar en una ley orgánica. Identifica que en el ámbito inmigratorio los reglamentos presentan una mayor restricción que las leyes, en especial respecto a los requisitos para la obtención de visas y en materia de exclusiones.
- Existen importantes aspectos de movilidad humana que no han sido regulados en la legislación, como la protección de: población ecuatoriana en el exterior, de personas desplazadas internas por causas naturales o antropogénicas y de personas víctimas de los delitos de tráfico y de trata de personas; siendo necesaria la definición de responsabilidades estatales.

Por tanto, es inaplazable que la propuesta de ley sobre movilidad humana en marcha, sea armónica y coherente con los principios constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que supere los contenidos arcaicos que vulneran los derechos de las personas en movilidad, de modo que el deber del Estado de respetar y hacer respetar los derechos reconocidos en la Constitución se materialice y evite la discrecionalidad y la arbitrariedad.

⁷ Ibid.

3. CONTENIDOS BÁSICOS DE LA NORMATIVA SOBRE MOVILIDAD HUMANA

La experiencia ecuatoriana en movilidad humana requiere que el cuerpo legal regule esta materia de manera integral, esto es, que aborde todas las dinámicas de la movilidad humana, entre ellas la migración internacional (emigración e inmigración), el refugio, el asilo, el desplazamiento interno, la trata de personas y el tráfico de migrantes. Hasta la fecha el tratamiento por separado de estos hechos sociales ha propiciado la discriminación por condición migratoria y nacionalidad, un desbalance en el trato a emigrantes e inmigrantes y el funcionamiento de la creación o vigencia de una institucionalidad múltiple y dispersa.

En esta perspectiva, se plantean principios generales, enfoques y temas de la movilidad humana cuya inclusión en la legislación secundaria son prioritarios. Este documento no se formula como una propuesta legal, expone contenidos clave para la reflexión y sustentación de la propuesta de ley, aspira a ser enriquecido con otros aportes que confluyan en el objetivo de lograr un ejercicio pleno de derechos de las personas en movilidad.

3.1 La responsabilidad del Estado

Un Estado constitucional y de derechos, se caracteriza entre otros aspectos, porque su responsabilidad está centrada en garantizar los derechos constitucionales. La Constitución de 2008, define al Ecuador de esta manera. La Ley debe desarrollar la responsabilidad del Estado en tanto la protección de las personas en situación de movilidad desde una perspectiva integral, incorporando en las políticas públicas y en la normativa que genere, a todas las dinámicas de la movilidad humana en lo que corresponda. El Estado debe abstenerse de vulnerar derechos, en caso de hacerlo debe asumir su responsabilidad (por acción u omisión estatal) y debe garantizar el juzgamiento y la reparación/restitución de derechos. También es responsabilidad del Estado tomar todas las medidas y acciones necesarias para promocionar los derechos de las personas en situación de movilidad. De esta manera se puede hablar de plena vigencia de los derechos y de la no regresividad de los mismos.

3.2 Principios generales en materia de movilidad humana

Es importante tener presente que varios de los principios y derechos constitucionales no tienen precedentes nacionales o internacionales; por ello, los contenidos que los definan en la ley deberán ser lo más favorables al ejercicio de derechos y que su desarrollo legal permita concreción mediante contenidos y mecanismos de aplicación claros. Los principales principios son:

a) Principio de igualdad

¿Qué implica el principio de igualdad -fundamental en el ejercicio pleno de los derechos humanos- en el ámbito de la movilidad humana?

EL artículo 9 de la Constitución, señala que “*Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución*”. Se entiende, por tanto, que no se puede impedir el ejercicio de un derecho a una persona extranjera en razón de su nacionalidad. Cabe recordar que la Constitución es el único instrumento jurídico que puede limitar el ejercicio de derechos. Este principio constitucional se aplica para cualquier persona extranjera que se encuentre en el territorio nacional, lo que incluye también a personas refugiadas, asiladas, apátridas y a quienes se encuentren en condición migratoria irregular.

En lo referente a emigración, si bien la población ecuatoriana que se encuentra en el exterior está sometida al ordenamiento jurídico de los países de destino, el Estado ecuatoriano a través de su institucionalidad en el exterior tiene la responsabilidad en la observación y monitoreo del respeto del principio de igualdad en aquellos Estados, de conformidad con sus legislaciones y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin olvidar la responsabilidad de garantizar el nexo de las personas ecuatorianas en el exterior con el Ecuador y la protección a sus familiares en el país.

Respecto a las personas desplazadas internas y las víctimas de los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes, las formas de protección y asistencia humanitaria oportuna evitar la discriminación en el ejercicio de derechos.

Normativa internacional en que se sustenta

- Declaración Universal de Derechos Humanos: Arts. 1 y 2
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Arts. 2, 3 y 26
- Convención Americana de Derechos Humanos: Arts. 1 y 24

b) Principio de no discriminación por condición migratoria

El principio de igualdad se complementa con el de no discriminación. La Constitución establece de manera específica la prohibición de discriminación por condición migratoria (Art.11 n.2). Este principio no registra precedente.

¿Qué significa condición migratoria?, de manera amplia estar en situación de movilidad es tener una condición migratoria, más allá de la posesión de una visa. Así, estar en situación de refugio, haber emigrado a otro país, ser víctima de tráfico de migrantes o trata de personas, ser un desplazado interno o encontrarse en una condición migratoria irregular, es una condición migratoria. Por tanto, el Ecuador no solamente tiene el deber de abstenerse de incurrir en discriminación, sino también tiene la responsabilidad de proteger a las personas en situación de movilidad frente a formas de discriminación basadas en su condición migratoria.

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 estadía, emisión de visados, censos específicos, permisos de trabajo, acceso a la seguridad social, la participación y la circulación de personas en condición migratoria irregular.

Normativa internacional en que se sustenta

- El Comité de Derechos Humanos en la Observación General No.18, sobre no discriminación, en su primer párrafo señala: *En virtud del artículo 26 las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*

c) Derecho a migrar

El derecho a migrar es la libertad que tienen todas las personas para trasladarse a otro lugar, determina que no se puede criminalizar la migración, desde todas sus aristas, ni para aquellos que salen del país, ni para aquellos que ingresan al Ecuador.

Este derecho reconocido en la Constitución (Art. 40), incluye la no criminalización de las personas migrantes y se vincula con el respeto a la libertad de ingreso y salida del territorio nacional y libre circulación (Art. 66 n.14). Sin embargo, va más allá del respetar de las libertades mencionadas, pues la realidad migratoria indica sus causas y consecuencias son múltiples en lo económico, político, cultural; el contenido del derecho a migrar es complejo y dinámico.

En este sentido y en lo que se refiere al hecho emigratorio, si bien el migrar se ha considerado como un derecho, el Estado ecuatoriano tiene la responsabilidad de generar condiciones dignas de vida garantizando los derechos del buen vivir para que efectivamente el decidir salir de país sea un acto voluntario y no un acto forzado por una situación de necesidad y sobrevivencia.

Normativa internacional en que se sustenta

- Declaración Universal de Derechos Humanos. Arts. 13, 14
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Arts. 12 y 13
- Convención Americana de Derechos Humanos: Art. 22
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares: Art. 39

d) Prohibición de no identificar a ninguna persona como ilegal

La ley debe desarrollar la prohibición constitucional de no identificar a ninguna persona como ilegal desde dos perspectivas: 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.

Esto implica un cambio sustancial en temas como la deportación y exclusión, la determinación de requisitos de ingreso y salida de personas, recepción de personas ecuatorianas deportadas, intercepción de emigrantes que salen por lugares no regulados, ente otros temas.

Normativa internacional en que se sustenta

- Declaración Universal de Derechos Humanos. Arts. 13, 14
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Arts. 12 y 13
- Convención Americana de Derechos Humanos: Art. 22
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares: Arts. 5, 39

e) Principio de no devolución

Si bien este principio es propio de la materia de refugio, en la Constitución vigente se ha incorporado en el capítulo referente a derechos de libertad (Art. 66 n.14), paralelamente a lo establecido en la sección que hace referencia a la materia de refugio donde se lo denomina expresamente como principio de no devolución.

Esto evidencia la intención constitucional de aplicar este principio a personas en cualquier otra condición migratoria, cuyo retorno a su país de origen o residencia habitual ponga en peligro su vida o integridad física, y no exclusivamente a personas refugiadas. 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.

Se debe observar que el retorno al país de origen o residencia habitual no se limita al retorno obligatorio (deportación o exclusión), se da también por la exigencia de requisitos que requieren de las autoridades de país o volver físicamente al mismo.

Normativa internacional en que se sustenta

- Convención Americana de Derechos Humanos: Art. 22 n.8
- Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados: Art. 33 p.1
- Convención de 1984 contra la tortura: Art. 3
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 22 n.8

f) Principio *pro personae* aplicado a movilidad humana

Este principio que consiste en aplicar la norma e interpretación que más favorezca al efectivo ejercicio de derechos, es un principio universal de derechos humanos y debe concretarse en materia de movilidad humana, con la finalidad de evitar las prácticas que priman requisitos formales o procedimientos, que muchas veces impiden el ejercicio del derecho a migrar, de derechos reconocidos constitucionalmente o en instrumentos internacionales de derechos humanos. Este principio está en la Constitución (Art. 11, ns. 3 y 5) y precisa concretarse para en la movilidad humana.

Normativa internacional en que se sustenta.

- Convención Americana de Derechos Humanos: Artículo 29

g) Principio de unidad familiar

Constitucionalmente se establece la responsabilidad del Estado en la protección de la familia, no como un derecho exclusivo de los niños, niñas y adolescentes sino desde una perspectiva más amplia. En contextos de movilidad las relaciones familiares se tornan más complejas, por ello este principio requiere ser incluido respondiendo a las nuevas realidades familiares y desarrollando el reconocimiento constitucional de las familias transnacionales (Art. 40 n.6). Se requieren también lineamientos para formulación, puesta en marcha y seguimiento de la política pública en esta materia.

En la comprensión de la diversidad de familias se requiere especificar situaciones de tutores, curadores, transformación de los roles al interno del grupo familiar, personas mayores de edad que se encuentren aun en situación de dependencia, en la lógica de promoción del ejercicio de derechos y la protección a cada uno de esos miembros, independientemente del país en el que se encuentren.

Normativa internacional en que se sustenta

- Declaración Universal de los Derechos Humanos: Artículo 16.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo: 17, 19, 23, 24.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículo 10.
- Convención Americana de Derechos Humanos: Artículos 17 y 19.
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares: Artículos 44 y 45

h) Migración informada

Todas las personas en situación de movilidad tienen el derecho a recibir la información necesaria sobre la normativa que regula su ingreso, permanencia y salida; sobre el ejercicio de sus derechos y formas de acceder a protección internacional en caso de requerirlo. Esto reduce la posibilidad de vulneración de derechos de las personas cualquiera sea el contexto de movilidad en el que se encuentren.

El Estado está obligado a proporcionar esta información a través de las autoridades correspondientes, de manera oportuna, clara, completa y sistemática. Es importante que el idioma en el que se brinde información se encuentre en español y otros idiomas comprensibles para quienes no lo hablen; así como en lengua de señas.

Normativa internacional en que se sustenta

- Convención sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias: Artículo 33.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Artículo.9.

i) Integralidad de la movilidad humana y coherencia en el tratamiento de las personas en contextos de movilidad

Si bien este principio no se ha incorporado de manera expresa en un instrumento jurídico nacional o internacional, es necesario establecer legalmente que la temática de movilidad humana debe ser manejada de manera integral tomando en cuenta sus diferentes expresiones de la movilidad, con la finalidad de que la legislación y la política pública se orienten bajo este principio y evite la dispersión normativa e institucional, y tratos diferenciados y peyorativos.

El principio de coherencia en el tratamiento de las personas en contextos de movilidad implica la búsqueda, por parte del Estado, del pleno ejercicio de derechos tanto de las personas ecuatorianas que se encuentran en el exterior como de las personas extranjeras que se encuentran en el Ecuador, tomando en cuenta la similitud de sus condiciones. El incorporar este principio a nivel legal orienta el manejo de un discurso unitario y sólido en materia de movilidad humana y sobre todo fortalece una práctica que promueva y garantice la igualdad y no discriminación.

j) Ciudadanía universal y latinoamericana

Este principio establecido en la Constitución no tiene precedente en el derecho comparado, busca el ejercicio de todos los derechos para todas las personas sin tratos discriminatorios, sin que esto varíe al cruzar una frontera nacional. Este principio está en la sección de relaciones internacionales (Art. 416 n.6), conlleva a ser contemplado en la legislación nacional y en los tratados internacionales que firme el Ecuador con los otros países, especialmente con los andinos y de América Latina. Es por tanto un eje transversal, que busca la desaparición de las diferencias entre nacionales y extranjeros. La Constitución establece propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y la libre movilidad de las personas (Art. 425 n5).

k) Progresiva desaparición de la condición de extranjero

Es otro principio fundamental que regula las relaciones internacionales y que requiere su contraparte nacional. Demanda el esfuerzo por eliminar aquellos rezagos que determinan que la situación aleatoria de haber nacido en un país, disminuya o modifique su condición de persona. Para iniciar este término no debe incluir en la ley y ésta debe contemplar la desaparición de la condición de extranjero.

l) Participación

La participación es un eje transversal de la nueva Constitución de la República. Es un principio rector del Estado, es un derecho y deber ciudadano. Este comprende no sólo mecanismos de participación política electoral, que están claramente delimitados para las personas extranjeras (sólo residentes regulares por más de 5 años), no obstante, existen múltiples mecanismos de participación directa, los cuales deberían ser potenciados por las personas en situación de movilidad, como un mecanismo efectivo para promover el ejercicio de sus derechos y la visibilización de sus necesidades en todas las instancias de gobierno.

m) Integración

La Constitución establece la integración como un eje importante de las relaciones internacionales, especialmente regional y latinoamericana. Se ubica dentro de este aspecto a la libre movilidad como un elemento esencial para la integración (Arts. 416 n.11 y 423 n.5).

n) Carácter administrativo de los procesos migratorios

Cualquier proceso relacionado con la condición jurídica migratoria de las personas en movilidad, tiene un carácter administrativo y no penal, por ende la autoridad que conoce el proceso es administrativa y en segunda instancia judicial. Evidentemente no se incluyen en este aspecto las conductas tipificadas como delito, como el tráfico y la trata de personas.

Principios específicos en materia de refugio

- *Principio de no devolución:* Es fundamental en materia de refugio. por el cual una persona no puede ser devuelta a su país de origen o residencia habitual porque su vida o integridad estén en riesgo, como se mencionó, se lo asume como un principio más amplio que al tema refugio, tal como lo indica la Constitución ecuatoriana en su artículo 66 numeral 14, en sintonía con el artículo 22 numeral 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- *La condición de persona refugiada es declarativa no constitutiva de derechos:* A una persona refugiada no se le “concede” ni “otorga” tal condición, se encuentra en esa condición por las condiciones ha vivido. El Manual de procedimientos y criterios de ACNUR señala: “El reconocimiento de la condición de refugiado de una personas no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado”⁸. Por tanto, mientras no culmine el proceso de determinación de la condición de refugiado, persona solicitante debe recibir el mismo trato que a una persona que ya ha sido reconocida en tal condición.
- *No sanción por ingreso irregular:* Principio por el cual no se puede imponer sanciones por el ingreso o permanencia irregular a una persona refugiada o solicitante de reconocimiento, es recogido por la Constitución ecuatoriana en el artículo 41, siguiendo el precepto del artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. El desarrollo de este principio en la legislación es fundamental adecuándolo a la dinámica del refugio en el Ecuador.

3.3 Contenido básico en materia de emigración

Como se mencionó en el principio de igualdad, el Estado ecuatoriano en el tema emigratorio, tiene un rol importante en materia de política pública y la Constitución ecuatoriana en el artículo 40 señala los puntos principales sobre los que el Estado debe actuar en esta materia y que deben ser desarrollados por la ley:

⁸ Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado de ACNUR, 1992, P.28.

1. Ofrecerá asistencia a ellas y a sus familias, ya sea que éstas residan en el exterior o en el país.
2. Ofrecerá atención, servicios de asesoría y protección integral para que puedan ejercer libremente sus derechos.
3. Precautelaré sus derechos cuando, por cualquier razón, hayan sido privadas de su libertad en el exterior.
4. Promoverá sus vínculos con el Ecuador, facilitará la reunificación familiar y estimulará el retorno voluntario.
5. Mantendrá la confidencialidad de los datos de carácter personal que se encuentren en los archivos de las instituciones del Ecuador en el exterior.

Con esta base constitucional y para cumplir con esta responsabilidad es importante que en la legislación se desarrollen los siguientes aspectos:

a) Servicios públicos en el exterior y políticas públicas

Servicios públicos: Determinar los servicios públicos que el Ecuador, a través de su institucionalidad, prestará en el exterior de manera articulada con otras instituciones estatales, por ejemplo Registro Civil, Policía de Tránsito, Función Judicial, Servicio de Rentas Internas, entre otras. Tomar en cuenta que estos servicios deben prestarse a personas ecuatorianas y en lo aplicable a aquellas personas extranjeras que son residentes en el Ecuador que se encuentren en el exterior.

Se debe definir claramente las funciones de las instituciones estatales que según el ordenamiento jurídico ecuatoriano tienen responsabilidades extraterritoriales, principalmente entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Secretaría Nacional del Migrante, sobretodo en lo que respecta a la formulación de política pública e implementación de planes y programas de acompañamiento a migrantes y familiares de migrantes.

Atención a familiares de emigrantes: Es indispensable que en la legislación sobre movilidad humana se incluya la protección a los familiares de emigrantes que se encuentran en el Ecuador con la finalidad de orientar la implementación de política pública, sobre todo destinada a fortalecer los vínculos con los familiares, establecer mecanismos de comunicación permanentes, apoyar en la redefinición de roles que ocasiona el hecho migratorio, garantizar el acceso a servicios públicos y derechos básicos como la educación.

Por otra parte, en cuanto se refiere a remesas la legislación debe garantizar la intangibilidad y el respeto al manejo e inversión que decidan hacer los migrantes y sus familiares.

Existen aspectos cotidianos que se tornan complejos dentro del hecho emigratorio y a los que debe brindarse una solución jurídica. Es claro que estos aspectos que son básicamente relacionados a materia de familia, no pueden ser resueltos exclusivamente desde una ley sobre movilidad humana sino que debe pensarse en reformas a leyes conexas que tratan estos temas, cómo el Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, Aspectos prioritarios a tratar dentro de este ámbito son: el divorcio, la patria potestad, tenencias de niños, niñas y adolescentes, cobro de alimentos, entre otros. La ley debe reconocer a la familia transnacional y establecer formas de protección.

b) Directrices de política exterior

Monitoreo del respeto a los derechos de las personas ecuatorianas en el exterior: La legislación debe incluir una perspectiva de derechos en la institucionalidad ecuatoriana que se encuentra en el exterior, principalmente de los consulados y embajadas, con la función primordial de vigilancia del respeto a los derechos de las personas ecuatorianas en el exterior, sin importar la condición migratoria en la que se encuentren en el país receptor, prevenir y visibilizar casos de discriminación, especialmente en derechos laborales, salud, educación, seguridad social.

Debe incorporarse como obligación la vigilancia del respeto de derechos de las personas ecuatorianas que por cualquier razón se encuentren privadas de la libertad y de aquellas personas que se encuentran en procesos forzados de retorno (deportaciones o expulsiones) en países de destino o tránsito, dando la asistencia humanitaria que sea necesaria el momento de arribo al país.

Es necesario prestar atención al derecho a la nacionalidad, particularmente a hijos e hijas de padres o madres ecuatorianos nacidos en el exterior, constitucionalmente son ecuatorianos por nacimiento y tienen derecho al libre ingreso al Ecuador, salvo que la persona, sus progenitores o representantes expresen lo contrario.

Exigencia de respeto a los derechos de la población ecuatoriana en el exterior e incidencia en políticas migratorias de países de destino: Adicionalmente, el Estado debe velar por el respeto a los derechos en caso de violaciones a derechos humanos y cuando los sistemas de justicia de los países receptores no han actuado adecuadamente, debe solicitar rectificación. Es obligación del Estado observar el debido proceso y proporcionar la defensa necesaria, la búsqueda de resoluciones judiciales justas, incluso de acceder a instancias internacionales.

Conforme a la Constitución debe incorporar en la ley la búsqueda de integración regional en aspectos de protección de derechos de las personas en situación de movilidad, la flexibilización de las políticas migratorias en países de destino y búsqueda de acuerdos bilaterales que mejoren las condiciones de las personas ecuatorianas en el exterior.

3.4 Contenido básico en materia de inmigración internacional

Como se señaló, la adecuación de la normativa sobre inmigración a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos es una tarea urgente y que reviste cierta complejidad por la dificultad en el cambio de la estructura y mentalidad creada sobre la base de la legislación que aun sigue vigente, se debe considerar:

a) Ingreso y salida de las personas

Derecho a ingresar y salir del territorio nacional: Tomando en cuenta el principio de igualdad entre personas nacionales y extranjeras, el derecho a migrar, el principio de ciudadanía universal y la paulatina desaparición de la condición de extranjero, las restricciones para ingreso y salida de personas y las causales para salida obligatoria de personas extranjeras, deben ser reducidas a aquellas estrictamente necesarias y que redunden en la protección de

derechos. En consecuencia, el ingresar o salir del país es el ejercicio de un derecho que sólo podría ser limitado cuando otros derechos pueden verse afectados. Se debe observar:

- *Documentos para ingreso y salida:* Es prioridad definir los documentos válidos para el ingreso de las personas extranjeras al país, reduciéndolos a los mínimos necesarios. Pasaporte o documento de identidad en los casos en que existan acuerdos de integración con otros países. Además, debe impedirse desde la legislación la solicitud de requisitos adicionales a los que establece la ley y que pueden resultar contrarios a los principios constitucionales, como el pasado judicial exigido a personas colombianas.
- *Impedimentos para el ingreso o salida:* Los motivos para el impedimento para el ingreso al territorio es posible reducirlas al mínimo e incluir aquellas que destinadas a la protección de derechos de las personas en movilidad. El no tener los documentos de identidad o pasaporte que permitan confirmar la identidad de las personas extranjeras puede ser un impedimento en tanto no se trate de una persona que requiera protección internacional. De igual manera, en cuanto protección de niños, niñas y adolescentes debe establecerse la documentación necesaria en caso de no estar acompañados por sus progenitores. Los documentos que se exijan deben tender a realizar un registro migratorio y no propiciar formas de exclusión. En este sentido el ingreso irregular no puede ser sancionado penalmente.
- *Características de procesos de salida obligatorios:* En coherencia con los principios constitucionales el actual proceso de deportación es anacrónico, pues el proceso de salida obligatoria de una persona extranjera es de carácter excepcional y debe al menos contemplar:
 - Las causales para tal efecto, considerar la información clara y oportuna a la persona interesada sobre su situación, las causales de salida obligatoria y el proceso a seguir. El Estado debe propender a que las personas se encuentren regulares dentro del país, por lo que inicialmente se debe conminar a la regularización antes de iniciar cualquier proceso de salida obligatoria.
 - Valorar si la salida obligatoria de la persona extranjera no afecta sus derechos u otros de terceros, observando principios de familia, niñez y adolescencia, derechos laborales, etc. Además, se deben implementar medidas que no impliquen privación de la libertad de las personas y en caso de decidir la salida del país verificar las posibilidades para que esta decisión sea ejecutada de inmediato y sin que la persona tenga que invertir recursos.
 - Respeto al principio de no devolución entendido en su concepción amplia, es decir más allá de la condición de refugiado, y fundado en el temor de la persona de que se pueda poner en riesgo su derecho a la vida, integridad y seguridad.
 - No imposición de doble pena y respeto al principio de rehabilitación social, por lo que las personas extranjeras que han cumplido su pena en el país, no deben ser sometidas a un proceso de salida obligatoria una vez que obtienen su libertad.
 - Garantizar el debido proceso cuando sea indispensable un proceso de salida obligatoria es prioridad, asegurando la presencia de la Defensoría Pública en caso de no contar con

abogado e informar al consulado del país de origen de la persona, no obstante, en caso de correr riesgo la vida o la integridad de la persona y si la persona lo expresara de tal manera, se evitará la notificación del proceso al consulado o embajada.

- Considerar los efectos de la salida obligatoria, su incumplimiento no puede ser tipificado penalmente ni impedir la posibilidad de regularizarse si la persona ha sido deportada por estar en situación migratoria irregular. Se debe eliminar el impedimento de reingresar al país de aquellas personas que han sido deportadas (incluyendo a aquellas que cumplieron penas en el Ecuador) y que tienen vínculos familiares u otras razones que impliquen la limitación del ejercicio de derechos.

Infracciones migratorias: Toda sanción que se establezca como consecuencia de una infracción migratoria, es de carácter administrativo, no penal y deben tipificarse claramente sus motivos, eliminando la discrecionalidad de la autoridad. El establecimiento de multas debe atender al principio de proporcionalidad y racionalidad, y así evitar excesos. El sistema informático de control migratorio debe adecuarse a los nuevos requerimientos.

b) Permanencia de personas extranjeras en el Ecuador

Regularización de personas extranjeras y permanencia: Los principios y derechos sobre movilidad humana incorporados en la Constitución, especialmente el derecho a migrar no permiten un sistema de visado selectivo como tradicionalmente se ha mantenido. Este debe ser reemplazado por un sistema de registro documentado que en principio no permite ni niega la admisión, con fundamento en la titularidad de derechos. El registro debe especificar el tiempo de permanencia, lugar y actividades por las que se encuentra la persona en el Ecuador. En caso de establecer restricciones al ingreso, éstas deben estar especificadas claramente para reducir la discrecionalidad de funcionarios de control migratorio.

Además la ley debe establecer la realización de procesos periódicos de regularización de personas extranjeras, eliminando trabas burocráticas y abaratando costos e incentivar mecanismos de documentación que faciliten la convivencia y el ejercicio de derechos en el país, como el otorgamiento de cédula de identidad.

Optimización de recursos y reducción de documentación: La nueva legislación debe optimizar la documentación que emita el Estado para la permanencia de personas extranjeras en el Ecuador. Actualmente, se exige visado, censo y en casos el permiso de trabajo, emitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Gobierno, Dirección Nacional de Migración de la Policía Nacional y Ministerio de Relaciones laborales. Los documentos antes mencionados –registro y cédula- son suficientes para solventar la permanencia en el país.

c) Directrices de política pública

Inclusión de personas extranjeras en la política pública: En aplicación del principio de igualdad, no discriminación, ciudadanía universal y desaparición progresiva de la condición de extranjero, la legislación debe orientar a la participación de personas extranjeras, cualquiera sea su condición migratoria, en la política pública destinada a mejorar las condiciones sociales y económicas de las personas con la finalidad de promover una efectiva convivencia. El

asegurar el ejercicio de los derechos del buen vivir de las personas inmigrantes incluye el garantizar el acceso a servicios públicos y derechos, sean estos proporcionados por instituciones públicas o privadas.

3.5 Contenido básico en materia de Refugio

La Constitución hace referencia a los derechos de refugio y asilo (Art. 41), como dos derechos con contenido específico. Existe una discusión doctrinaria entre la tradición latinoamericana del derecho de asilo (para casos de persecución políticas) y el sistema internacional de Naciones Unidas para protección de personas refugiadas creado a partir de la Segunda Guerra Mundial. La Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe en 1999 que adoptó como sinónimos a los dos términos: “6) *El seminario abordó la utilización de los términos asilo y refugio en América Latina y en ese sentido señaló que ambos son sinónimos porque extienden la protección a extranjeros que la ameriten*”.⁹

Corresponde a la legislación ecuatoriana definir el tratamiento que brinda a estas dos formas de protección, de manera que ninguna de las dos figuras vaya en desmedro de la otra, pues ambas involucran la necesidad de protección internacional, merecen igual tratamiento y deben apegarse al sentido de mayor protección. Además, se requiere:

a) Definición y reconocimiento

Definición de persona refugiada: Es preciso ampliar la existente en el Decreto 3301 e incorporar en una misma definición lo que señala tanto la Convención de Ginebra de 1951, la Declaración de Cartagena y la Constitución Política ecuatoriana que brinda un espectro más amplio de protección y adecuado a la situación de América Latina. Implica considerar las dificultades operativas para establecer una distinción “pura” entre migración forzada y voluntaria y la generación de procesos forzados de movilización condicionada por el no cumplimiento de los DESCAs. Con este fundamento la definición puede abarcar lo siguiente:

- Solicitar la posibilidad de solicitud de refugio de persona o grupo de personas.
- Incorporar a los motivos de persecución establecidos en los instrumentos, la violencia generalizara y las señaladas por el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución:

Nadie podrá ser discriminado 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. La ley sancionará toda forma de discriminación.

⁸ Declaración de Tlatelolco sobre acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe, 1999. Parte II considerando No.6

- Incluir específicamente la consideración de refugiados de facto, personas que por miedo, desconocimiento o temor no acceden al sistema de refugio, pero que estarían en facultad de poder hacerlo en cualquier momento y necesitan por tanto protección especial.

Procedimiento de determinación de la condición de refugiado: Es decisivo para la protección de personas refugiadas, el diseño de un procedimiento ágil, respetuoso del debido proceso y que responda al hecho social y que al menos incluya lo siguiente:

- Garantizar el ingreso de la persona o grupo solicitante de refugio y permitir su permanencia hasta que se defina su condición migratoria (incluyendo tiempo de impugnación).
- Buscar una nueva conformación de la Comisión para la Determinación de la Condición de Refugiado que incluyan otras instituciones, como puede ser el Ministerio de Justicia, y permitir la participación de un representante de la sociedad civil.
- Establecimiento legal para llevar a cabo registros ampliados y reconocimiento de desplazamientos colectivos cuando se determine necesario, especificando la forma de actuación en caso de desplazamientos colectivos.
- Establecer las funciones de los Oficiales de Elegibilidad y de otros funcionarios que intervienen en el proceso de reconocimiento.
- Señalar los parámetros básicos de la entrevista: confidencialidad, no inducción en las preguntas, presunción de la condición de refugiado, derecho a un intérprete, claridad, ambiente adecuado, consideración de diversidades.
- Garantizar el derecho a la defensa, mediante el acompañamiento y asesoría de un abogado durante el proceso incluyendo la entrevista.
- Revisión de causales de exclusión en concordancia con la Constitución y las determinadas por la Convención de Ginebra de 1951.
- Realizar resoluciones motivadas, es decir, que el solicitante pueda conocer con claridad los motivos de la negativa del refugio, relacionado los hechos con el derecho.
- Derecho a optar por la impugnación administrativa o judicial, en aplicación del principio constitucional.
- Adecuar el recurso de revisión a la materia de refugio, estableciendo causales propias y plazos adecuados.
- Determinar una autoridad administrativa independiente que conozca apelaciones y recursos de revisión. Prever la posibilidad de entregar nueva documentación, después de presentada la apelación y antes de ser notificada la resolución de la misma. Prever la posibilidad de impugnación en vía contencioso administrativa y garantizar la permanencia legal de quien recurra a esta vía.

- Garantizar el acceso de información de expedientes a organizaciones debidamente acreditadas, previo el consentimiento del solicitante, con la finalidad de obtener las entrevistas y el análisis objetivo y subjetivo en base al cual se niega la condición de refugiado para la elaboración de la apelación.
- En caso de que los recursos de impugnación interpuestos sean negativos redefinir un plazo de 90 días o más para optar por otra categoría migratoria. Respeto al principio de no devolución aún en caso de negativa.
- El documento de identificación de las personas refugiadas se ha convertido en una forma de estigmatización que dificulta el acceso a servicios y el ejercicio de ciertos derechos. En este sentido ayuda que las personas refugiadas puedan obtener una cédula de identificación.
- En los procesos de reunificación familiar y apertura de casos, tomar en cuenta los principios de unidad familiar, más allá de los vínculos tradicionales, existen personas mayores o adultas mayores que se encuentran en situación de dependencia y casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados.
- Establecer claramente los motivos por los cuáles cesa o se puede cancelar la condición de refugiado en el Ecuador, en concordancia con la Constitución y los instrumentos internacionales. Además, establecer los procedimientos para estas situaciones y los medios de impugnación correspondientes.
- La legislación debe desarrollar las funciones de la entidad encargada del manejo de las solicitudes de refugio y de los procedimientos relacionados.
- Promover el trabajo conjunto y articulado entre ACNUR, organizaciones que trabajan en temas de refugio y otros actores de la sociedad civil.

b) Directrices de política pública

Adquisición de nacionalidad u otra categoría migratoria: Cuando las personas en situación de refugio han permanecido un tiempo considerable en el Ecuador, expresen su deseo de no retornar a su país de origen y de acogerse a otro status migratorio, flexibilizar la adquisición de nacionalidad o de otro documento.

Inclusión de personas refugiadas en políticas públicas: Establecer legalmente los lineamientos para la participación de personas refugiadas en las políticas públicas generadas por el Estado, sin que la particularización en este grupo humano se revierta en formas de discriminación.

3.6 Contenido básico en materia de desplazamiento arbitrario o desplazamiento interno (forzado/forzoso)

Este ámbito de la movilidad humana, ha sido menos reflexionado e incluido en los ordenamientos jurídicos de los Estados. Colombia ha desarrollado un sistema de protección a personas desplazadas a causa del conflicto armado; sin embargo, el desplazamiento interno no

se centra exclusivamente en hechos bélicos, tiene una multiplicidad de causas que requieren ser reconocidas y demandan la actuación del Estado.

En el Derecho Internacional no existe un instrumento jurídico específico sobre el tema, Naciones Unidas en 1998 publicó los Principios rectores de los desplazamientos internos y es una base para tratar el tema en la generación de legislación y política pública.

Es imprescindible generar una legislación que defina qué el desplazamiento arbitrario o forzado/forzoso y que sea pionera en la protección de las personas en esta situación, sea por causas naturales o antropogénicas.

a) Definición

Prohibición de desplazamiento arbitrario: Desarrollar el contenido de la prohibición de desplazamiento arbitrario, estableciendo que toda persona tiene derecho a recibir protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o residencia habitual.

Causas de los desplazamientos arbitrarios: Establecer los criterios para considerar desplazamientos arbitrarios:

- Desplazamientos basados en políticas de apartheid, "limpieza étnica" o prácticas discriminatorias similares cuyo objeto o resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada.
- Desplazamientos en situaciones de conflicto armado, salvo los exijan la seguridad de las personas civiles por razones imperiosas.
- En casos de proyectos de desarrollo o explotación de recursos naturales en gran escala.
- En casos de deterioro generalizado del goce de los DESC.
- En casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación
- Cuando se utilicen como castigo colectivo.

b) Directrices de política pública y protección

Prevención de desplazamientos: Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.

Duración de desplazamientos necesarios: En caso de que el desplazamiento sea necesario debe ser temporal y durar lo que las circunstancias lo ameriten. De darse imposibilidad de ser temporal, debe garantizarse un adecuado reasentamiento. Será responsabilidad de las autoridades encargadas, garantizar que se efectúe respetando la vida e integridad de las

personas, la unidad familiar, el respeto a los grupos de atención prioritaria y de las diversidades. Los desplazamientos por proyectos de desarrollo o explotación de recursos naturales no pueden ser considerados como necesarios.

Asistencia humanitaria en desplazamientos: Debe proveerse la asistencia humanitaria de manera oportuna y equitativa, en coordinación con autoridades locales y organismos de ayuda nacionales e internacionales, racionalizando sus recursos.

Derecho de propiedad de personas desplazadas: Se respetará el derecho de propiedad de las personas desplazadas. No se confiscarán los bienes muebles o inmuebles de las mismas. En caso de que las circunstancias no permitan el retorno al lugar habitual de residencia, se determinarán medios adecuados para la reparación o restitución de derechos.

Retorno de personas desplazadas: Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de las personas desplazadas arbitrariamente a su hogar o lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país.

Reintegración de personas desplazadas: Las autoridades facilitarán la reintegración de las personas afectadas, que hayan regresado o se hayan reasentado en otro lugar del país.

Participación de personas desplazadas en regreso: Se garantizará que las personas en situación de desplazamiento interno participen plenamente en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración.

Institucionalidad y sistema de protección para personas desplazadas: Determinar la institucionalidad encargada de la protección de las personas desplazadas internas y generar un sistema nacional adecuado para su protección. Tomar en cuenta la responsabilidad objetiva del Estado por omisión en el cumplimiento de sus actividades de prevención.

3.7 Contenido básico en materia de trata de personas

La trata de personas es un delito que resulta frecuente en contextos de movilidad, por tanto debe incorporarse en la ley de movilidad desde un enfoque de prevención y protección a víctimas. Distinguiendo claramente lo que corresponde a ámbito la ley penal, el cual requiere de forma urgente la adecuación del tipo penal de la trata de personas a los estándares internacionales, definiendo claramente su tipología y separándola del delito de tráfico de migrantes, que si bien, en la práctica pueden presentarse de manear conjunta deben especificarse como dos actos delictivos diferentes.

Protección y atención a víctimas de trata: Para el establecimiento de la normativa y directrices para política pública en este campo, al menos se debe apuntar a:

- Fuera del ámbito penal, es necesario generar un sistema de protección a las personas víctimas de trata que: articule a las instancias existentes (Plan Nacional para combatir la Trata de personas) y otras necesarias; establezca procedimientos claros y funciones sobre

cómo actuar en casos de detectar posibles víctimas de trata, y realice un seguimiento de los procesos penales existentes en la materia.

- La ley debe basarse en el principio de no criminalización de las víctimas, con la finalidad de que las autoridades correspondientes brinden la asistencia y el trato adecuado, sin privación de la libertad y buscando la preservación de la integridad de la persona.
- Establecer parámetros de seguridad y acogida, mediante la creación de lugares adecuados para la permanencia temporal de las víctimas de trata, y la revisión de la reglamentación del Programa de protección a víctimas y testigos, que actualmente acoge únicamente a quienes inician y continúan los procesos judiciales en contra de perpetradores, desconociendo que en muchos casos las personas víctimas de trata mantienen relaciones de dependencia e incluso familiares con sus victimarios.
- Establecer formas de regularización migratoria para aquellas personas que no puedan o no quieran retornar a su país de origen o de residencia habitual, por temor a la amenaza que representan las redes de trata.
- Incorporar entre las funciones de las autoridades encargadas del control migratorio, el identificar posibles víctimas de trata y remitirlas a los lugares de acogida correspondientes y a los posibles tratantes ponerlos a órdenes de la policía encargada o del fiscal para este tipo de delitos.

3.8 Contenido básico en materia de tráfico de migrantes

De igual forma que en el caso anterior, en el delito de tráfico, el tratamiento penal debe adecuarse a los estándares internacionales de protección, replantear la consideración de que el bien jurídico a proteger es la seguridad del Estado, y establecer con claridad que el objetivo es la protección de la vida, seguridad y libertad de las personas en origen, tránsito y destino. La responsabilidad del Estado es en cada uno de los espacios/momentos.

Prevención y atención a víctimas de tráfico: A más de las acciones establecidas en el ámbito penal, debe establecerse legalmente formas de prevención y de política pública en el tema, considerando:

- No criminalización de las personas que son interceptadas en las costas ecuatorianas o que son retornadas desde los países de tránsito o destino.
- Garantizar el libre ingreso al territorio nacional y en ningún caso se debe privarles de su libertad o someterlos a interrogatorios en contra de su voluntad.
- Ampliar el monitoreo de costas y lugares de paso no regulares a otros lugares del país y en coordinación con otros Estados para la búsqueda y desarticulación de bandas transnacionales.
- Articulación de políticas públicas que favorezcan el pleno ejercicio de derechos humanos en su integralidad y de manera especial los sociales y económicos.

- En los casos que se requiera se debe prestar la asistencia humanitaria necesaria y proporcionar la ayuda pertinente para el regreso a sus hogares o lugares de residencia habitual de las personas víctimas de tráfico de migrantes.
- Incorporación en las funciones de diversas instancias públicas, que de llegar a identificar a los posibles “coyotes”, remitir la información a las autoridades policiales o al fiscal de delitos migratorios competente.
- Reparación o restitución de derechos en forma integral a las víctimas y familiares, mediante mecanismos que tomen en cuenta la responsabilidad objetiva del Estado por omisión en el cumplimiento de sus actividades de prevención.

3.9 Algunos aspectos clave sobre la Institucionalidad

Fundamento constitucional de la institucionalidad rectora de política migratoria: El artículo 392 de la Constitución señala que “*el Estado ejercerá la rectoría de la política migratoria a través del órgano competente en coordinación con los distintos niveles de gobierno*”. Siguiendo este precepto constitucional, la legislación debe incluir el diseño institucional para la rectoría de la política migratoria, articulando y racionalizando las funciones de las instancias que actualmente tratan el tema de movilidad.

Generación de política migratoria integral: El órgano competente de la rectoría de la política migratoria debe articular lo referente a emigración, inmigración, refugio, desplazamiento interno y coordinar la prevención y la atención a personas víctimas de los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas. Este debe ser el generador de la política pública, el vigilante de que las medidas se implementen de acuerdo a los derechos de las personas en movilidad y el encargado de difundir y capacitar a funcionarios públicos.

Es necesario articular el marco institucional a nivel horizontal y vertical (funciones del Estado y distribución geográfica). Esto implica, funciones del gobierno central y gobiernos seccionales, además de la delimitación clara de los espacios de complementación con otras instancias claves en la definición de política como el Consejo de Igualdad en Movilidad Humana.

Se debe establecer la ubicación y la valoración del rol que cumple la sociedad civil, también como un espacio institucional

Características del control migratorio: El órgano que tenga a su cargo el control migratorio debe ser de carácter civil y administrativo. El control migratorio debe concebirse como un servicio a las personas en situación de movilidad, en el cual, además de realizar el registro migratorio al ingresar y salir las personas, también puedan brindar información sobre la legislación migratoria del país y alternativas para regularización, receptor solicitudes de refugio, prestar asistencia a víctimas de trata de personas o tráfico de migrantes e identificar a los posibles victimarios, etc.

Información y estadística: Es importante que en la legislación y en la rectoría de política migratoria se establezca un sistema de información sobre movilidad humana, que permita contar con información y estadísticas confiables, actualizadas, oportunas y de fácil acceso sobre el tema, en el reconocimiento de la información y datos son clave para la formulación de políticas públicas, estudios, investigaciones, informes, etc.

3.10. Sobre la estructura de la ley de movilidad humana

Tomando en consideración que: la movilidad humana es multicausal y multidimensional con distintas modalidades interrelacionadas; existe un marco de derechos constitucional e internacional sobre el tema; que en el país se presentan diversas modalidades de movilidad y problemas conexos, la ley debe responder a este contexto en estructura y contenido. Del avance realizado por el primer equipo que trabajó la propuesta de ley, se ve oportuno retomar la estructura general, como un insumo importante para la reflexión:

TÍTULO 1
DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS

TITULO II
OBLIGACIONES DEL ESTADO EN EL EXTERIOR

TITULO III
DE LA INSTITUCIONALIDAD Y DE LOS PROCEDIMIENTOS

TITULO IV
MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO

Quito, diciembre 2009

Bibliografía consultada

ACNUR, *Manual de Procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado de Refugiado*, ACNUR, 1992

Benalcázar Patricio, *El ABC de la Movilidad Humana en la nueva Constitución de la República del Ecuador*, en Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, INREDH, Quito, Julio 2009

Equipo Técnico de la Ley Integral de Movilidad Humana, *Diagnóstico inicial de legislación nacional relacionada con la temática de movilidad humana*, Quito, abril 2009

Naciones Unidas, Principios Rectores en Materia de Desplazamiento, NNUU, 1998

O'Donnell Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, abril 2004

Normativa internacional

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención de sobre el Estatuto de los Refugiados

Declaración de Cartagena sobre refugiados

Declaración de Tlatelolco sobre acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe

Normativa Nacional

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Codificación de la Ley de Migración (2005)

Codificación de la Ley de Extranjería (2005)

Decreto 3301

Personas Naturales

Javier Arcentales Illescas	Abogado - Consultor
Gina Morela Benavides	Investigadora –Activista de derechos humanos
Francisco Hurtado	Abogado - Consultor