



GRUPOS EN SITUACIÓN DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN LA REGIÓN ANDINA

DOCUMENTO DE PROPUESTA TÉCNICA

Política Pública de impulso al debido proceso administrativo en los procedimientos vinculados a la gestión de la inmigración en Ecuador

VERSION FINAL

Quito, Julio
2009

Política Pública de impulso al debido proceso administrativo en los procedimientos vinculados a la gestión de la inmigración en Ecuador

Documento de propuesta técnica

INDICE

- 1. Introducción.**
- 2. Antecedentes.**
 - 2.1. Delimitación del marco de acción.
 - 2.2. Justificación de la propuesta.
 - 2.2.1 Migraciones internacionales en Ecuador
 - 2.2.2 Las migraciones internacionales en el marco político Ecuatoriano.
 - 2.3. Marco normativo e institucional vinculado al diseño, ejecución y evaluación de la política migratoria.
- 3. Marco teórico de la propuesta.**
 - 3.1. El debido proceso administrativo en la gestión migratoria ecuatoriana: identificando la problemática.
 - 3.2. El Derecho Administrativo en Ecuador: legislación, procedimientos y garantías para el ciudadano.
 - 3.3. Estándares internacionales del debido proceso administrativo.
- 4. El debido procedimiento administrativo en la gestión migratoria como política general del Estado: Propuestas de acción.**
 - 4.1 Propuestas generales.
 - 4.2 Estándares de protección y procedimientos específicos.
 - A El debido proceso administrativo y el procedimiento de deportación.
 - B El debido procedimiento administrativo y el procedimiento de reagrupación familiar.
 - C El debido procedimiento administrativo y el reconocimiento de categorías migratorias.
 - D El debido procedimiento administrativo y el otorgamiento de permisos de trabajo.
 - E El debido procedimiento administrativo y el proceso de naturalización.
 - 4.3 Recomendaciones finales.
- 5. Bibliografía.**
- 6. Anexo I: Definiciones operativas**
- 7. Anexo II: Cuadro sobre Procedimientos Administrativos y Gestión Migratoria.**
- 8. Agradecimientos.**

POLÍTICA PÚBLICA DE IMPULSO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS VINCULADOS A LA GESTIÓN DE LA INMIGRACIÓN EN ECUADOR

1. Introducción

Las particulares características del Ecuador como país emisor, receptor y de tránsito para los y las migrantes internacionales, han determinado en su actuar una constante defensa por el derecho a migrar en condiciones de libertad y el reconocimiento de la persona migrante como sujeto de derechos en cualquier parte del mundo. Todo ello bajo la premisa de que de la misma manera en que se reclama el respeto de los derechos de sus connacionales residentes en el extranjero, se debe impulsar el reconocimiento de los derechos de aquellos extranjeros que se encuentran residiendo en el Ecuador¹.

En la actualidad, la migración internacional es un fenómeno estructural con fuertes repercusiones en la vida social, política y económica del Ecuador. Sus consecuencias para las y los migrantes y sus familias, en tanto sujetos de derecho, han originado que el Estado y, paralelamente, las organizaciones de la sociedad civil, desarrollen un proceso de humanización y armonización de la legislación y de la política migratoria interna a los estándares internacionales de protección de los derechos de las y los migrantes, sobre la base de criterios de respeto y garantía de derechos, desarrollo humano y reciprocidad.

En ese contexto, una de las principales medidas implementadas se encuentra enmarcada en la recientemente aprobada Constitución de la República del Ecuador, que reconoce el derecho a migrar y otros de derechos, obligaciones y garantías para los emigrantes y los inmigrantes, proscribire la “ilegalidad” como categoría asignada a un individuo, entre otros aspectos. De esta manera, la nueva Constitución ha obligado al Estado a implementar un proceso de reformas internas que incidan en este fenómeno integralmente.

Para este fin, se han creado instituciones y mecanismos que, sumados a los ya existentes, buscan lograr una gestión más humana de este proceso. Es preciso señalar que, al hablar de gestión migratoria, descartamos la regulación de **categorías naturales del ser humano**, y más bien nos acercamos a una **construcción administrativa derivada de conceptos políticos y culturales**, a través de la aplicación de procedimientos y leyes administrativas vinculadas a la labor de entidades de la administración pública. Bajo este marco, sostenemos que el elemento administrativo resulta clave para entender la gestión migratoria y para maximizar sus beneficios.

Desde esta perspectiva, en materia migratoria **es fundamental contar con una adecuada regulación de aquellos procedimientos administrativos que establezcan y/o determinen derechos fundamentales del migrante que se basen en el principio de buena fe**. Esto debido a que *“los valores que están en juego en estos trámites, pueden tener consecuencias respecto a la posibilidad de sobrevivir; de trabajar en condiciones dignas; y, de alimentar y educar a su familia”*². En este contexto, el derecho al debido proceso administrativo adquiere una especial relevancia.

Así, procedimientos tales como la deportación; la reunificación familiar; la naturalización; el reconocimiento del estatuto de refugiado; la determinación o cambio de la calidad o categoría migratoria; los procesos de regularización de la condición migratoria; los procesos de atención a los

¹ Tercer principio ético orientador del Plan Nacional de desarrollo Humano para las Migraciones. 2007 - 2010. En: SECRETARÍA NACIONAL DEL MIGRANTE. *Plan Nacional de Desarrollo Humano para las Migraciones 2007 - 2010*. Folleto Informativo. Quito; SENAMI, 2007; 23p.

² RELATORIA SOBRE DERECHOS D ELOS TRABAJADORES Y MIEMBROS DE SUS FAMILIAS. *Segundo Informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*. En: COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000*. Documento OEA/Ser./L/V/II.111 del 16 abril de 2001.

emigrados; los procesos de otorgamiento de permisos de trabajo; los procesos de retorno; entre otros, deben tener reglas claras que: i) tengan como centro a la persona del migrante; ii) satisfagan un conjunto de garantías esenciales que aseguren la vigencia del debido proceso administrativo; iii) se basen en el principio de buena fe administrativa; y, iv) permitan regular y restringir la discrecionalidad estatal.

Si bien, Ecuador ha dado importantes pasos jurídico – constitucionales en materia de movilidad humana y en especial en relación al desarrollo de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que emigran fuera del país, existe una agenda pendiente para el tratamiento de la inmigración, tanto en la reforma jurídica, institucional, como en vida social y cultural, donde se reflejan imaginarios y se expresan prácticas de discriminación contra los extranjeros, especialmente los de origen colombiano, peruano, africano, árabe, chinos, entre otros. Así, al analizar la normativa e institucionalidad ecuatoriana en relación al debido proceso administrativo, se puede observar: i) falta de claridad en las reglas y garantías de los procedimientos; ii) prevalencia de una visión de securitización y temor hacia el inmigrante; y, iii) carencia de criterios claros sobre las garantías del individuo, todo lo cual afecta la seguridad jurídica de los y las migrantes. Asimismo, crea un escenario donde los derechos exigidos para los ecuatorianos en el exterior no siempre son reconocidos, defendidos y garantizados para los extranjeros a nivel interno, limitando los avances que al respecto se están logrando en dicho país.

Identificada esta problemática, la Comisión Andina de Juristas (en adelante, CAJ) ha desarrollado la presente propuesta técnica para colaborar en la implementación de una política pública que garantice en el Ecuador el reconocimiento, aplicación y defensa de procedimientos administrativos claros que respeten los estándares y garantías establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Nuestro aporte, busca promover que en la agenda pública se incluya el debate sobre la necesidad de generar cambios en la legislación y práctica administrativa de cara a cumplir el mandato constitucional de protección a las personas en situación de movilidad.

Nuestro objetivo central es el fortalecimiento de los procedimientos administrativos vinculados a la gestión de la movilidad humana, particularmente de la inmigración, desde la perspectiva de los derechos humanos. En tal sentido, la propuesta toma como punto de partida una aproximación general al contexto social, político y jurídico que rodea las migraciones internacionales en el Ecuador con la intención de describir el escenario dentro del cual se insertará la propuesta, pero también para demostrar que la magnitud del fenómeno migratorio es necesario procedimientos administrativos que garanticen la protección de los derechos humanos de los y las migrantes.

En ese sentido, describiremos cuáles son los criterios básicos que debe respetar cualquier tipo de procedimiento administrativo para considerarlo conforme al debido procedimiento administrativo y, nos aproximaremos a algunos de los principales procedimientos desarrollados en torno a la gestión de la inmigración. Posteriormente, se analizará estos procedimientos a partir de los criterios establecidos por el DIDH, se identificarán los vacíos existentes y, se hacen las recomendaciones del caso. Si bien es cierto, no se han abordado la totalidad de procedimientos, la propuesta debe ser asumida y aplicada con la idea de que los criterios desarrollados tienen validez y deben ser extendidos en relación a la totalidad de procedimientos vinculados a la gestión de la movilidad humana.

La CAJ reconoce que cada patrón del movimiento migratorio, sea inmigración o emigración, forzado o facilitado, viene acompañado de diversos desafíos para el Estado y su gestión. En esta ocasión, aplicando los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, sostenemos que para establecer una base sólida que contribuya a desarrollar una gestión migratoria respetuosa de los derechos humanos, necesitamos procedimientos administrativos (aunque sean aquellos considerados de mero trámite) que tengan como fin fundamental la vigencia y el respeto de los derechos del ser humano, quien en resumidas cuentas es el actor principal en este dinámico, y cada vez más globalizado, mundo móvil.

2. Antecedentes

2.1. Delimitación del marco de acción de la propuesta

Antes de entrar al desarrollo de la presente propuesta debemos delimitar nuestro marco de acción. Al respecto, se detallan los siguientes aspectos:

- En primer lugar, la CAJ reconoce la importancia de observar la migración desde una perspectiva integral, utilizando como criterio rector el reconocimiento de la dignidad de todo ser humano en todo tiempo y lugar. En ese sentido, valora positivamente el cambio de enfoque que el Ecuador ha desarrollado para abordar la movilidad humana, desviando el foco de atención del proceso migratorio, hacia la persona en situación de movilidad, lo que nos implica reconocer que lo primordial no es la manera o razones que impulsen la migración internacional y su regulación por el Estado, sino el bienestar de las y los migrantes y de sus familias.
- Dentro de las diferentes categorías incluidas en el amplio concepto definido como población en movilidad, restringimos nuestra propuesta a los procedimientos vinculados con los derechos de las y los migrantes. En ese sentido, debemos señalar que definimos al “migrante” como aquella persona que decide cruzar las fronteras de su Estado de origen (emigración) e ingresar en las fronteras de otro Estado (inmigración) de manera voluntaria y con intenciones de permanencia. Esta definición se basa en los estándares desarrollados a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente en los instrumentos especializados como la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW).
- La propuesta se desarrolla y limita su análisis y propuesta a los procedimientos administrativos vinculados a la inmigración. Pese a los interesantes avances de la política migratoria ecuatoriana, la atención a los inmigrantes no ha seguido el mismo ritmo de modernización que el tratamiento a los ecuatorianos en el exterior. En ese sentido, la propuesta valora los avances existentes, pero trata de colaborar en el desarrollo de una política migratoria respetuosa del debido procedimiento administrativo, especialmente en el ámbito de la inmigración.

Es conveniente resaltar la labor de la Secretaria Nacional del Migrante con respecto a los programas de atención y protección a los emigrantes y a las familias de éstos. Programas como el de Apoyo a estudiantes, Plan bienvenidos a casa, Bono de la Vivienda, Fondo Cucayo, SENAMI Móvil, entre otros, vienen siendo implementados bajo el principio de publicidad y establecimiento de reglas claras. Los ecuatorianos que deseen beneficiarse con algunos de estos programas, cuentan con toda la información necesaria a través del portal virtual, a lo que se suma, una adecuada estrategia de generación y difusión de información relevante respecto a los procedimientos vinculados a estas iniciativas. Sin embargo, estas facilidades no han sido implementadas en la misma magnitud respecto a la atención de las y los inmigrantes que se encuentran en el Ecuador.

- La propuesta se aborda los primeros los procesos regulares desarrollados por las instituciones vinculadas a la administración pública debido a que en ellos se encuentran en juego directamente la protección de derechos de las y los migrantes. No obstante, reconoce que deben incluirse en un proceso de adecuación al debido procedimiento administrativo aquellos procesos de acción contenciosa administrativa, pues al declarar la nulidad o validez de los procesos desarrollados por las instituciones públicas, pueden impactar indirectamente en la protección de las y los migrantes.
- Uno de nuestros principales objetivos es regular la discrecionalidad que los procedimientos administrativos relacionados a la migración otorgan a los funcionarios. Es importante precisar que la discrecionalidad a la que nos referimos no está enmarcada en la facultad que tiene el Estado de establecer requisitos o procedimientos y demás estrategias que considere convenientes y que

atiendan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en torno a la regulación de la migración. Lo que se busca es que sea el procedimiento que sea o se asuma la decisión que la autoridad considere adecuada, ésta se realice teniendo en cuenta el pleno respeto de los derechos fundamentales del y la migrante. Es decir, no se trata de que el Estado deba aceptar a un migrante o no deba deportarlo, sino que sea que lo acepte o no; lo deporte o no, esta decisión se asuma en base al pleno respeto de todas las garantías que establece el DIDH.

Es conveniente señalar que la presente propuesta no abarca de manera detallada la totalidad de procedimientos administrativos vinculados a la gestión migratoria. Esta decisión ha sido asumida en virtud de la cantidad de normativa e instituciones existente sobre la materia y los vínculos que cada una de los procedimientos administrativos tienen en relación a procesos de otra índole, lo cual podría volver nuestra propuesta inejecutable. Así, por ejemplo, en el caso de la función consular, la atención a los nacionales ecuatorianos emigrados implica, por ejemplo, matrimonios, legalizaciones, inscripciones de nacimientos y defunciones, entre otros procesos que, pese a ser de orden civil, están vinculados a procedimientos de orden administrativo. Razón por lo cual, entrar al detalle sobre garantías procesales en este sin fin de procedimientos, resultaría una tarea ardua y complicada.

Finalmente, se rescata el hecho de que algunos funcionarios practican una “discrecionalidad positiva” al decidir muto proprio la inaplicación de una ley que contraviene lo reconocido en la Constitución del Estado o en tratados internacionales ó al preferir aplicar aquellas normas más favorables al individuo a pesar de no estar obligados a ello. Sin embargo, éstas prácticas siguen siendo la excepción, siendo necesario el establecimiento de reglas claras que iluminen la actuación pública.

- Pese a lo anterior, se postula que nuestra iniciativa se reconozca y se extienda a otros procesos y que impulse en cada institución vinculada a la gestión de la inmigración, de la emigración y/o de cualquiera de las categorías incluidas dentro del concepto de movilidad humana, el asumir como directriz de acción la aplicación del debido proceso administrativo en todos aquellos procedimientos vinculados a su gestión, entendiendo que en el centro de cada uno de estos procesos se encuentran en juego los derechos de un ser humano.
- En este sentido, la propuesta contiene un apartado que pretende establecer garantías generales de los procedimientos administrativos que cada institución debería tener en cuenta en sus actividades diarias de gestión, llamando la atención sobre la necesidad de establecer mecanismos que garanticen una protección integral de los derechos del migrante y utilicen como criterio base el principio de buena fe. De manera tal que, si bien no son materia explícita de esta propuesta, pueden identificarse algunos principios fundamentales que guíen la actividad de cada entidad gestora.

2.2. Justificación de la propuesta

En el presente punto, se busca describir de manera somera el estado de la migración internacional en el Ecuador y su impacto en la garantía del derecho a un debido procedimiento administrativo. Con esta finalidad, se realiza un ejercicio de identificación del contexto socio político en el que se desarrolla el proceso migratorio, las características de los flujos migratorios ecuatorianos y de la percepción político institucional que se tiene respecto a la temática migratoria. Este análisis es importante pues, en primer lugar, la migración ha adquirido características singulares que determinan la necesidad de una gestión coordinada y armonizada con los estándares internacionales y, en segundo lugar, es necesario identificar los escenarios favorables o adversos a la propuesta.

Teniendo en cuenta que, el presente documento técnico busca generar una estrategia que pueda colaborar con la acción que vienen desarrollando las diferentes instituciones en Ecuador para

perfeccionar y “humanizar” la política migratoria actual, este análisis nos permitirá identificar vacíos y necesidades de la gestión donde orientar aportes viables y espacios propicios que permitan aprovechar el aporte de la Comisión Andina de Juristas. Obviamente, esta iniciativa está abierta al debate, comentario y observación de las entidades gubernamentales y de la sociedad civil ecuatoriana y esperamos que esta iniciativa sea un primer insumo para la labor de estas instituciones.

2.2.1. Migraciones internacionales en Ecuador³

Las migraciones ecuatorianas han atravesado etapas de significativa importancia en su desarrollo. En relación a la emigración de ecuatorianos al exterior, diversos estudios reconocen que en los últimos 25 años se han experimentado las dos mayores olas migratorias de su historia. La *primera ola migratoria*, abarca desde inicios de la década de los sesenta hasta principios de los noventa, producto del fracaso de las políticas de ajuste aplicadas especialmente en los años ochenta (“crisis de la deuda”), el descenso de la inversión social y el estancamiento de la economía (promedio de crecimiento de 0.3% anual)⁴, durante este período los ecuatorianos y ecuatorianas migraban especialmente hacia los Estados Unidos de América, Canadá y Venezuela⁵.

El escenario anterior se agravó con la agudización de la crisis financiera que afectó al país a finales de los noventa, detonante de la *segunda ola migratoria*. Esta etapa significó la salida al extranjero de más de medio millón de ecuatorianos entre 1998 y el 2004. De acuerdo a datos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - FLACSO, mientras en 1990 salían un promedio de 200 mil personas, para el 2005 este número se elevó a 700 mil, lo que demuestra el aumento exponencial en la migración.

A diferencia de la primera ola migratoria, esta segunda ola ha sido más amplia y diversificada. Amplia, porque el número de migrantes aumentó, y diversificada, porque los migrantes provenían de todas las provincias, de todos los estratos sociales y de todos los niveles educativos. Asimismo, hubo un cambio en la matriz migratoria, transformándose España e Italia (y no Estados Unidos), en los principales países receptores de migrantes⁶.

Por otro lado, mientras el país continuó experimentando la fuga de su capital humano, el número de inmigrantes se viene incrementando paulatinamente. Lamentablemente, y como refiere la Coalición para el seguimiento y difusión de la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (en adelante la Coalición), “*la información cuantitativa sobre inmigración es escasa, dispersa y no está adecuadamente sistematizada. [...] existen dificultades para precisar el número de personas extranjeras que se encuentran en el país y su condición migratoria. No*

³ El presente análisis ha sido desarrollado en base a las lecturas de: CAMACHO, Gloria y Katty HERNANDEZ. *Cambio mi vida. Migración femenina, impactos y percepciones*. Quito: UNIFEM y CEPLAES, 2005; 135 p; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN EN DERECHOS HUMANOS SEGUNDO MONTES MOZO. *Derechos humanos de los extranjeros, inmigrantes y refugiados: detenciones arbitrarias y deportaciones*. Quito; CDDHSM. Documento en versión electrónica en: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Humanos.99.htm>; COALICIÓN PARA EL SEGUIMIENTO Y DIFUSIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIAS. *Informe sombra al I Informe del Estado ecuatoriano sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias*. Quito: Coalición, 2008; 174 p; JOKISH, Brad. *Ecuador: Diversidad en Migración*. En el boletín Migration Information Source del Migration Policy Institute. Washington: Marzo de 2007. Versión electrónica en: <http://www.migrationinformation.org/Profiles/display.cfm?id=591>; y, FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES. *Ecuador: Las cifras de la migración internacional*. Quito: FLACSO, 2006; 75p.

⁴ CAMACHO, Gloria y Katty HERNANDEZ. Loc. Cit. 17. Pp. 9.

⁵ FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES. Loc. Cit. 18. Pp.15.

⁶ Particularmente, España se transformó en un país receptor debido: i) la existencia de un acuerdo que facilitaban la migración con visa de turista; ii) ofrecía trabajos que requerían pocas destrezas dentro de la economía informal; y, iii) no existían diferencias en torno al idioma.

existe una entidad que centralice y procese toda la información, y no se han determinado indicadores uniformes y completos sobre inmigración, lo que dificulta la caracterización de los flujos migratorios y la definición de políticas públicas de intervención”⁷.

Al respecto, la Coalición identificó al menos cuatro registros diferentes sobre flujos migratorios:

- Dirección Nacional de Migración de la Policía Nacional del Ecuador sobre movimientos migratorios y registro de censos;
- Dirección de Extranjería del Ministerio de Gobierno sobre visas de inmigrante o residentes;
- Dirección de Migración y Extranjería del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre visas de no inmigrante; y,
- Registros del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC sobre censo de población extranjera y movimientos migratorios.

Pese a lo antes señalado, se manejan algunas cifras estimatorias sobre el número de inmigrantes en Ecuador. En el caso de la población peruana, es probable que entre 60.000 y 120.000 hayan fijado su residencia en el Ecuador. La mayoría de peruanos han inmigrado por razones económicas y se han ubicado en la ciudad de Cuenca debido a que la emigración de la población local dejó plazas laborales vacías donde los peruanos pudieron insertarse fácilmente.

Por su parte, los colombianos también han sido atraídos por la dolarización de la economía ecuatoriana, pero la razón principal para su emigración sigue siendo la sensación de inseguridad creada por el conflicto armado interno y el fracaso de los programas de fumigación para erradicar los cultivos de coca en el sur colombiano que ya han desplazado a unos 250.000 colombianos, según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)⁸.

Por otro lado, aunque no todos los colombianos llegados al Ecuador solicitaron asilo, este grupo representa la mayoría de personas que solicita y obtiene asilo en este país. Según el Ministerio de Asuntos Exteriores, entre el 2000 y el 2005, 36.665 personas solicitaron asilo, con el número más alto de solicitudes en el 2003 (ver cuadro 2). El 97 por ciento de solicitantes fueron colombianos. Del total de solicitudes, 11.492 (31 por ciento) fueron otorgadas con la condición de refugiados, 98 por ciento de ellos, colombianos.

Finalmente, un número moderado de chinos han inmigrado legalmente a Ecuador, también debido a la dolarización. De acuerdo a datos sistematizados por la Coalición por las Migraciones y el Refugio, *“según el censo de población, al 2001 se encontraban 1.214 personas de esta nacionalidad en el país, 724 hombres y 490 mujeres. Los movimientos migratorios entre el 2002 y 2006, evidencian un saldo aproximado de 848. Sin embargo, en el año 2005, se conoció de la emisión ilegal de más de 3.000 visas de inversionistas a favor de este grupo de población”⁹.*

2.2.2. Las migraciones internacionales en el marco político Ecuatoriano

La migración internacional llegó a ser un asunto político en la elección presidencial de 2006. Esta campaña electoral resulta relevante debido a que en ella se dieron las primeras iniciativas vinculadas al reconocimiento de derechos de los y las migrantes y sus familias, como lo son la aprobación de la ley

⁷ COALICIÓN PARA EL SEGUIMIENTO Y DIFUSIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIAS. *Informe sombra al I Informe del Estado ecuatoriano sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias*. Quito: Coalición, 2008; Pp. 67.

⁸ JOKISH, Brad. Loc. Cit. 18.

⁹ COALICIÓN PARA EL SEGUIMIENTO Y DIFUSIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIAS. Loc. Cit. 22. Pp. 78.

que permite que los ecuatorianos en el extranjero voten en las elecciones presidenciales y la firma del Acuerdo Nacional Migratorio en septiembre del 2006.

Asimismo, con la creación de la Secretaría Nacional del Migrante y con los parámetros de reconocimiento de derechos a la persona en movilidad introducidos por la actual Constitución de la República es que podemos hablar de un impulso a una “política migratoria” en este país. Esta constitución establece toda una sección sobre población y movilidad humana. Al respecto, se debe destacar que:

- 1) incluye un amplio y vasto articulado relativo a los derechos de las personas en movilidad;
- 2) establece las garantías normativas, políticas y jurisdiccionales para su protección;
- 3) establece una serie de obligaciones del Estado frente a la gestión migratoria; y,
- 4) determina la institucionalidad obligada a precautelar la vigencia de los derechos de éstas poblaciones.

Por otra parte, Ecuador en noviembre de 2001, ratificó la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Este instrumento de protección internacional tiene como objetivo esencial garantizar a las personas migrantes el efectivo goce de sus derechos humanos independientemente de su situación jurídica. La Convención, para garantizar su aplicación, creó un *Comité de protección de los derechos de los trabajadores migratorios* (en adelante el Comité). Asimismo, los Estados Parte, en virtud del artículo 73 de dicho instrumento internacional, aceptaron la obligación de informar al Secretario General sobre las medidas que hayan adoptado para aplicar la Convención. Estos informes deberán ser presentados de manera periódica, siendo que el primero de ellos (llamado también Informe Inicial) se debería presentar dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate, y los sucesivos cada cinco años.

El informe inicial de Ecuador fue presentado el 16 de noviembre de 2006 y fue analizado durante el séptimo período de sesiones, realizado entre el 26 y el 30 de noviembre de 2007. Producto de dicho proceso se emitió el documento de observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹⁰. Dentro de las observaciones finales elaboradas por el Comité al informe inicial de Ecuador, podemos resaltar las siguientes:

9. El Comité recomienda al Estado Parte que armonice en todas sus partes su legislación con la Convención para que se apliquen sus disposiciones como es debido. El Comité alienta asimismo al Estado Parte a que establezca programas de sensibilización para los funcionarios judiciales acerca de la importancia de conocer y utilizar los tratados de derechos humanos, incluida la presente Convención. [...].

26. El Comité recomienda al Estado Parte que adopte las medidas necesarias para establecer un marco jurídico que regule los procedimientos de expulsión/deportación, de conformidad con los artículos 22 y 23 de la Convención, en particular:

- a) La persona de que se trate tendrá derecho a presentar las razones por las cuales no debe ser expulsada y hará que una autoridad competente revise su caso;*
- b) Si posteriormente se anulara la decisión de expulsión que ya se ha ejecutado, la persona del caso tendrá derecho a pedir indemnización, según lo que establece la ley;*
- c) En caso de expulsión, la persona de que se trate recibirá información inmediata de su derecho a recurrir a la protección y asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas del Estado de origen o de un Estado que represente los intereses de ese Estados.[...].*

¹⁰ Observaciones Finales del Comité de Protección de derechos de los trabajadores migratorios al informe inicial de Ecuador. CMW/C/ECU/CO/1 del 5 de diciembre de 2007.

29. El Comité recomienda al Estado Parte que vele por que las medidas de control de la migración no vayan en detrimento de las salvaguardias establecidas ya sea por la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, si procede, o por la presente Convención, para garantizar que ningún grupo vulnerable quede sin la debida protección.

Por otra parte, el Ecuador ha logrado consolidar y difundir su política migratoria en foros internacionales, a fin de lograr la protección internacional de sus migrantes. En este sentido, sus esfuerzos se centran en lograr el posicionamiento de las políticas que vienen desarrollando como modelos de gestión y cooperación internacional. En ese sentido, bajo la lógica de corresponsabilidad y cogestión, se ha impulsado, en los principales espacios de diálogo político internacionales, la defensa y reconocimiento de los derechos de los migrantes sin distinción alguna. Resulta relevante resaltar que, en cada uno de estos foros, se instó a la aplicación de los principios orientadores de la migración:

- Universalidad de los derechos humanos.
- Centralidad de las personas.
- Bondad de las migraciones.
- Corresponsabilidad de los Estados.
- Integralidad de la política migratoria y necesidad de políticas públicas.
- Coherencia.

Estos aspectos no solo deben ser impulsados a nivel internacional, sino que deben tener su correlato a nivel interno.

En este sentido, el escenario con el que se cuenta para impulsar procesos de construcción de políticas públicas en materia de movilidad humana, viene identificado por los siguientes aspectos positivos:

Escenarios favorables identificados
❖ Situación estratégica del Ecuador: Emisor, receptor y tránsito.
❖ Nueva Constitución reconoce derechos a las personas en movilidad.
❖ Próximas elecciones.
❖ Discurso internacional del Ecuador en torno a la migración.
❖ Desarrollo de una normativa favorable a la migración desde una perspectiva humana e integral.
❖ Institucionalidad en desarrollo.
❖ Disposición de cumplir con las recomendaciones de los órganos internacionales.

Elaboración: CAJ

Respecto a la identificación de estos escenarios como favorables a la propuesta, es necesario precisar que todos ellos se vinculan a la necesidad de generar en el espacio ecuatoriano coherencia y procesos que tengan como centro al ser humano en torno a la gestión migratoria. Todos los ítems identificados, demuestran la disposición que el actual gobierno ecuatoriano tiene para “cumplir deberes fundamentales con las personas, independientemente del lugar donde se encuentren, garantizando para todas y todos el disfrute de sus derechos fundamentales y generar las condiciones generales para mejorar sostenida y sosteniblemente su calidad de vida, sus oportunidades, sus capacidades, sus libertades, en definitiva: su buen vivir”¹¹, compromiso que debe ser aprovechado e impulsado por las instituciones de defensa de los derechos de los y las migrantes. En este escenario, si bien existen múltiples aspectos relacionados a la migración internacional que concentran la atención de la sociedad y el Estado (remesas, refugio, retorno de emigrantes, voto en el extranjero, entre otros), es resaltante el

¹¹ SECRETARIA NACIONAL DEL MIGRANTE. *La Secretaría Nacional del Migrante y la Política Migratoria Integral de Ecuador*. Folleto informativo. Quito: SENAMI, 2008; 23p.

compromiso de los sectores en la construcción de una política migratoria integral basada en los derechos humanos.

Como se mencionó en la introducción a la propuesta, en los últimos años la realidad de la movilidad humana en el Ecuador ha cambiado drásticamente. Pese a ello, el marco jurídico e institucional vinculado a la gestión de estos procesos no ha seguido el mismo ritmo de desarrollo. Actualmente, se siguen reproduciendo valores, principios y reglas caducas y no compatibles con los estándares constitucionales internos y con aquellos determinados por los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador¹².

La nueva Constitución fue el primer paso para la adecuación de la normativa interna y el respeto a los estándares internacionales de protección de los derechos de los y las migrantes, al incorporar un amplio tratamiento de los derechos de las personas en movilidad. Para tal efecto, ha establecido garantías normativas, políticas y jurisdiccionales para su protección y determina la institucionalidad obligada a cautelar la vigencia de estos derechos. Asimismo, aborda el tema de la movilidad en sus diversas manifestaciones (emigración, inmigración, refugio y asilo, desplazamiento y la migración interna, la trata de personas y el tráfico de migrantes) bajo un enfoque de derechos, diversidad e interculturalidad¹³.

En concordancia con este primer paso, se está desarrollando una Ley Integral de Movilidad Humana, que de manera sistemática, integral, coherente, unitaria y ajustada a estándares nacionales e internacionales de derechos humanos, regulará el tratamiento jurídico e institucional de la movilidad humana en el Ecuador¹⁴. Esta futura ley, brinda la posibilidad de recoger la integralidad de derechos, sujetos, instancias del Estado, mecanismos y garantías para la vigencia, promoción y protección de derechos de las personas en movilidad.

2.3. Marco normativo e institucional vinculado al diseño, ejecución y evaluación de la política migratoria

Abordar e identificar el marco normativo e institucional que rodea la gestión migratoria es un punto prioritario a desarrollar; ello en la perspectiva de que dicha descripción nos permite identificar instituciones aliadas, instituciones opositoras; y, en especial aquellas instituciones claves de la administración pública donde se debe tener mayor incidencia. Asimismo, nos permite identificar cuál es el marco de acción, las herramientas de exigibilidad y los límites que enfrenta nuestra propuesta.

En el presente punto, se describirá de manera sucinta la normatividad e institucionalidad que rodea la actual gestión migratoria en el Ecuador. De esta manera, se busca identificar: i) a aquellas instituciones que desarrollan gestiones administrativas; ii) el marco normativo bajo el que se desarrollan; y, iii) el tipo de procedimientos administrativos que desarrollan.

2.3.1. Movilidad y Constitución

La Constitución Política de un Estado es la norma fundamental que establece las reglas y principios que van a regir las relaciones entre los ciudadanos y entre estos y los órganos del Estado. Asimismo, establece las bases sobre las que se van a constituir los diferentes poderes del Estado y su forma de organización. Pero, sin duda alguna, uno de los aspectos fundamentales de la existencia de este

¹² COMISIÓN DE DISCUSIÓN DEL PROYECTO DE LEY INTEGRAL DE MOVILIDAD HUMANA. *Proceso para la elaboración e implementación del proyecto de Ley integral de movilidad humana*. Documento técnico de propuesta. Quito, 07 de octubre de 2008; Pp. 3.

¹³ BENALCAZAR, Patricio. Loc. Cit. 26.

¹⁴ COMISIÓN DE DISCUSIÓN DEL PROYECTO DE LEY INTEGRAL DE MOVILIDAD HUMANA. Ob. Cit. Pp.3

instrumento jurídico es que establece las garantías, derechos y libertades de los individuos que limitan e iluminan la acción estatal. En ese sentido, por ejemplo, “*la construcción de política pública en un país que se considere democrático y respetuoso de los derechos humanos; debería tener como fuentes primigenias, los principios y disposiciones constitucionales legítimas*”¹⁵.

Esto resulta de particular relevancia en el caso ecuatoriano, donde la Constitución actual tiene un desarrollo importante en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas en situación de movilidad. Este avance es resultado, en parte, de la importancia de los informes de cumplimiento de la Convención, que evidenciaron las limitaciones del marco jurídico de protección de los derechos de la población migrante y su familia en el orden constitucional, así como en materia de legislación secundaria, tanto por la falta de armonización de la normativa nacional con la Convención y otras normas internacionales de derechos humanos, así como por la falta de políticas explícitas, articuladas e integrales que garanticen su efectivo ejercicio.

Es así como la migración internacional se posicionó dentro del proceso de reforma constitucional por el que atravesaba Ecuador. Incluso desde antes de la implementación de la Asamblea Constituyente en noviembre de 2007, las necesidades de los emigrados fueron tomadas en cuenta. Prueba de ello es que dentro de los 130 miembros que integran dicha asamblea, seis asambleístas representan a los emigrados ecuatorianos¹⁶. Asimismo, una vez instalada la Asamblea Constituyente el tema migratorio paso a formar parte de la mesa constituyente número 9 encargada de tratar los temas de soberanía, relaciones internacionales e integración Latinoamericana.

Finalmente, la nueva Constitución ha establecido amplios estándares de protección y obligaciones para el Estado en torno a la movilidad humana. Basta resaltar, por ejemplo, el reconocimiento de la libre movilidad de todos los habitantes del planeta como derecho fundamental y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países; el establecimiento de un capítulo sobre movilidad humana que consagra derechos de los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior, el reconociendo de la existencia de la familia transnacional; la promoción de una ciudadanía universal; la implementación de políticas y estrategias que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y la protección común, solidaria y complementaria de los derechos humanos de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino emigratorio, entre otros aspectos.

2.3.2. Marco normativo e institucional

En base a lo señalado por la Coalición en el Informe sombra al informe inicial presentado al Comité por el Estado ecuatoriano, se pueden identificar las siguientes normas jurídicas en el espacio legislativo ecuatoriano¹⁷:

- **Normas que regulan la migración:** las leyes de Extranjería y Migración, sus reglamentos y el Código de Trabajo.
- **Normas que regulan derechos, protección administrativa o diplomática a trabajadores migratorios nacionales o extranjeros:** Ley de Naturalización, Documentos de Viaje, Extradición
- **Normas sobre contratación de extranjeros:** Ley de Hidrocarburos, Ley de Pesca, Ley de Transporte Terrestre, Ley de Derechos de Autor
- **Normas que han incorporado principios constitucionales y de legislación internacional en especial sobre represión al tráfico de personas y medidas de protección a las víctimas:**

¹⁵ BENALCAZAR, Patricio. Loc. Cit. 26.

¹⁶ Los asambleístas del exterior que participaron en la Asamblea Constituyente fueron: Guido Rivas, Linda Machuca (Representante EEUU y Canadá), Gabriela Quezada (Representante América Latina- Chile), Edison Narváez (Europa), Eduardo Zambrano (América Latina) y Mercedes Panta (Europa).

¹⁷ Clasificación hecha en base a datos extraídos del informe sombra de la Coalición por las migraciones y el refugio.

Código Penal, Código de la Niñez y Adolescencia, Reglamento para el Acceso de población refugiada y emigrante ecuatoriana al sistema educativo.

- **Normas de protección consular y el ejercicio de derechos de los ecuatorianos en el exterior:** Ley Orgánica del Servicio Exterior, Ley de Derechos Consulares, Repatriación de Ecuatorianos Indigentes, Ley para el sufragio de ecuatorianos en el Exterior, Ley de la Defensoría del Pueblo, Acuerdo sobre delegación de actividades de registro civil a cónsules.
- **Normas que han incorporado los gobiernos locales para protección a la población migrante:** Ley de Régimen Municipal y el Código Municipal de Loja.

Asimismo, como normativa complementaria se cuenta con: i) convenios Internacionales; ii) convenios multilaterales; iii) convenios bilaterales; iv) convenios regionales; y, v) acuerdos con organizaciones internacionales de cooperación.

De todos los instrumentos descritos, es claro que los principales son aquellos vinculados directamente a la gestión de la migración. En este escenario, aquellas normas que regulan la situación de los extranjeros que residen en el país y atribuyen modalidades y condiciones a las calidades de inmigración, forman parte de la Ley de Extranjería y su Reglamento. De otro lado, las normas que regulan la organización y coordinación de los servicios relativos a la entrada y salida de nacionales o extranjeros del país, mediante el examen y calificación de sus documentos y la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales respecto a la permanencia y actividad de los extranjeros residentes en el territorio ecuatoriano, están contenidas en la Ley de Migración y su Reglamento¹⁸.

Es preciso indicar que ésta normatividad, nace en épocas de dictadura militar (1971) y se sustenta en enfoques extremadamente securitistas, con normas legales per se discriminatorias y de criminalización a las personas extranjeras y en consecuencia con nulo o limitado enfoque de derechos donde el centro de atención de esta legislación no es la persona, sino la seguridad del Estado, lo que explica por ejemplo que en algunas de las instituciones jurídicas que se abordaran a continuación, se permita una alta discrecionalidad a las funcionarias y funcionarios encargados de implementar esta legislación.

Por su parte, el Código de Trabajo contiene regulaciones sobre trabajadores migratorios extranjeros. Lamentablemente, muchas de esta normas responden a una política de selectividad laboral y de defensa de la mano de obra nacional, que se expresa en la obligatoriedad de obtener autorización laboral y carné ocupacional para trabajadores extranjeros calificados en el cupo de 20% fijado para este tipo de trabajadores y en la imposibilidad de ser parte de directivas de Comités de Empresa, violándose los derechos de igualdad, de participación y sindicalización. Al respecto, conviene señalar que en el caso de trabajadores pertenecientes a países miembros de la Comunidad Andina, este tipo de normatividad afecta la normativa comunitaria pues no reconoce los principios de no discriminación y de trato nacional a los trabajadores de la región forjados en razón del reconocimiento de una solo ciudadanía andina.

Asimismo, dentro de las diferentes instituciones vinculadas a la gestión migratoria encontramos:

PRINCIPALES INSTITUCIONES VINCULADAS A LA GESTION MIGRATORIA
<ul style="list-style-type: none">• Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración• Ministerio de Gobierno y Policía• Comandancia General de la Policía Nacional del Ecuador• Secretaría Nacional del Migrante (SENAMI)• Ministerio de Trabajo y Empleo• Consejo Consultivo de Política Migratoria

¹⁸ CENTRO DE DOCUMENTACIÓN EN DERECHOS HUMANOS SEGUNDO MONTES MOZO. Loc Cit. 18.

- La Defensoría del Pueblo
- El Consejo Nacional de Igualdad sobre Movilidad Humana
- El Ministerio de Industrias y Competitividad
- La Asamblea Nacional
- El Consejo Nacional Electoral
- El Ministerio de Salud
- El Ministerio de Educación
- El Ministerio de Inclusión social; y,
- La Vicepresidencia de la República a través de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación.
- Autoridades locales

Elaboración: CAJ.

3. Marco teórico de la propuesta

3.1. El debido proceso administrativo en la gestión migratoria ecuatoriana: identificando la problemática.

En Ecuador, al igual que en los demás países de la Región Andina, los procedimientos administrativos relacionados con la gestión migratoria –como el proceso de deportación, reagrupación familiar, la naturalización, la adquisición de ciudadanía o la determinación de refugiado, etc.– constituyen todavía una agenda pendiente para los Estados. La falta de regulación y publicidad son características generales de estos procedimientos, siendo que el término “discrecionalidad” y la influencia de conceptos tales como nacionalidad, ciudadanía, seguridad y criminalidad son los criterios determinantes al momento de resolver los mismos.

La falta de un instrumento que establezca directrices mínimas comunes en torno a la regulación del procedimiento administrativo y que enumere las garantías aplicables en aquellos casos donde se tiene incertidumbre sobre el marco de protección del individuo, resulta particularmente grave para la situación de la población migrante. Este vacío genera inseguridad jurídica y graves violaciones a derechos fundamentales, inclusive de la Constitución de la República vigente, que reconoce como una de las principales garantías judiciales del ser humano el derecho al debido proceso administrativo.

Si realizamos un pequeño ejercicio de comparación entre los estándares establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos y lo señalado en la normativa interna que regula los procedimientos vinculados a la migración podemos observar lo siguiente:

	Naturalización	Reunificación familiar	Deportación	Calificación de Refugiado
Audiencia	No hay información	No hay información	SI	SI
Plazo Razonable	No hay información	No hay información	NO	SI/NO
Representación Legal	SI	No hay información	SI	SI
Decisión fundada	No hay información	No hay información	NO	SI/NO
Publicidad	SI	No hay información	NO	NO
Revisión Judicial	No hay información	NO	NO EXISTE CERTEZA	SI
Instancia Imparcial	NO	NO	NO	NO
Notificación Previa	SI	No hay información	?	SI

Elaboración: CAJ, 2009.

Cabe precisar que, en algunos casos, habría que realizar una evaluación más profunda que nos permita determinar si un determinado criterio es fundamental o no para el procedimiento del que se trate. Así, por ejemplo, dependiendo de las garantías que pueda ofrecer un procedimiento escrito puede que la opción de tener una audiencia resulte innecesaria y más bien dilatoria. Sin embargo, este aspecto no hace menos preocupante la falta de determinación de criterios de protección que evidencia el cuadro anterior.

Esto es particularmente relevante si tomamos en cuenta las cifras sobre deportaciones y exclusiones que se manejan en el Ecuador. Así por ejemplo, respecto a los índices de deportaciones el informe sombra de Ecuador estima que entre enero del 2000 y diciembre del 2006 se produjeron 16.623 deportaciones a personas extranjeras.

Analizando las cifras de manera desagregada, de acuerdo a la información oficial de la Dirección Nacional de Migración, entre enero de 2000 y diciembre de 2005, 320 personas de nacionalidad colombiana y 273 personas de nacionalidad peruana han sido excluidas. Asimismo, 5.424 personas entre colombianos y colombianas y 5.211 personas de nacionalidad peruana han sido deportados. Finalmente, señala que 7.504 personas de nacionalidad colombiana y 6.866 de nacionalidad peruana han sido detenidos o detenidas por presuntas infracciones de carácter migratorio.

En relación a las exclusiones se estima que entre enero del 2001 y agosto del 2006 se excluyeron a 1.428 personas, siendo que el 80.5% se produjeron entre el 2004 y el 2006. Respecto a esta figura legal, la Coalición encargada de la elaboración del informe sombra llama la atención sobre el hecho de que la Ley de Migración contemple una serie de causales de exclusión de carácter discriminatorio y atentatorio contra grupos vulnerables. Sin embargo, el principal problema de las exclusiones se configura en el carácter discrecional que da la ley a las autoridades de policía para su determinación y la ausencia de un mecanismo de impugnación o revisión de estas decisiones.

Como señala la Coalición, la implementación de esta política de deportaciones se hace en base a un marco legal que propicia la vulneración de los derechos de las personas extranjeras. No se garantiza la independencia de la autoridad que conoce y resuelve la deportación (Intendente de Policía), quien se convierte en juez y parte contraviniendo el principio de unidad jurisdiccional; existe una indefinición del tipo de acción, pues no se determina si es una acción penal o administrativa, violando el derecho a la

seguridad jurídica. Hay limitaciones al derecho de impugnación, pues si bien se reconoce el derecho de impugnación judicial, al no haber claridad sobre el tipo de acción, tampoco se precisa el de la impugnación. Se efectúa una aplicación automática de deportación al extranjero acompañante o familiar de una persona deportada, lo que viola el derecho a la presunción de inocencia y defensa; así como la deportación inmediata de personas extranjeras sentenciadas por delitos comunes, luego del cumplimiento de la pena, hecho que atenta al principio de rehabilitación, reinserción social y de unidad familiar en los casos de migrantes que han creado vínculos familiares en Ecuador¹⁹.

Lamentablemente, la falta de información cuantitativa y cualitativa en torno a este tipo de procesos no permite hacer este ejercicio en cada uno de los procesos vinculados a la gestión migratoria. Entendemos que esta falta de información, es un indicio para considerar que los resultados de esta operación pueden tener el mismo tenor. En ese sentido, se insta al Estado y a las organizaciones internacionales y no gubernamentales ha comprometerse en torno al impulso de una política que garantice el debido proceso administrativo en aquellos procesos vinculados a la determinación de derechos de los y las migrantes.

En este punto, es necesario mencionar nuestra preocupación por el hecho de que los procedimientos migratorios se inscriben en lo que la Coalición, la Defensoría del Pueblo de Ecuador y diversas instituciones nacionales e internacionales de derechos humanos han denominado: una política de control y restricción sobre los flujos migratorios de extranjeros y extranjeras, en particular de población colombiana.

Si bien es cierto, esta situación parte de las percepciones o imaginarios que se han ido creando sobre las personas extranjeras. Estas concepciones han sido fortalecidas por el discurso estatal y el establecimiento de mecanismos de control, restricción, ausencia de medidas de solución y criminalización de la población extranjera, los cuales reproducen y fomentan las concepciones de rechazo y estigmatización hacia estos grupos y constituyen una violación flagrante al principio de no discriminación.

Esto se demuestra, por ejemplo, en el establecimiento de la exigencia de presentar el pasado judicial únicamente a los nacionales colombianos, medida que vulnera derechos fundamentales del individuo; ataca los principios que iluminan la política migratoria interna; y, que no responden a los criterios de necesidad y proporcionalidad necesarios para considerar esta medida como legítima. Asimismo, de acuerdo al ya mencionado estudio de Gina Benavides, se evidencia que el sistema de deportación contiene dispositivos de estigmatización y orientación específica a grupos de trabajadores migrantes indocumentados, que se han incorporado en su mayor parte al mercado informal de trabajo, como es el de las trabajadoras sexuales, oficio en el que un gran número de mujeres colombianas se han insertado. De acuerdo a dicho estudio, el 63.6% de personas deportadas eran de nacionalidad colombiana, constituyendo una gran brecha con respecto a los porcentajes de personas de otra nacionalidad desplazados²⁰.

Al respecto, es necesario recordar que “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”²¹. Esto es así, debido a que el principio de igualdad y no discriminación tiene carácter de *Ius Cogens*, es decir, forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. Esta característica, acarrea la obligación de respeto y garantía independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus

¹⁹ Centro de Documentación en Derechos Humanos Segundo Montes Mozo. Loc. Cit. 18.

²⁰ *Ibid.*

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Loc. Cit. 10. Opinión 11.

migratorio de las personas. De verificarse su incumplimiento acarrearía las responsabilidades internacionales correspondientes.

3.2 El Derecho Administrativo en Ecuador: legislación, procedimientos y garantías para el ciudadano.

Tradicionalmente, el Derecho Administrativo ha sido definido como el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización, funcionamiento y atribuciones de la administración pública en sus relaciones con los particulares y entre los órganos que la integran.

Esta definición muchas veces ha llevado a mal entender que el Derecho Administrativo restringe su aplicación a la regulación de la organización de la administración pública. Esta falsa visión, deja de lado el hecho de que es el derecho administrativo el que brinda a los ciudadanos los instrumentos necesarios para proteger sus derechos frente a las posibles arbitrariedades de la administración. De acuerdo a lo señalado por Juan Pablo Aguilar “*desconocer esto refleja una concepción acerca del gobierno y de la autoridad que está muy alejada de los presupuestos básicos del Estado de Derecho*”²².

En el caso de Ecuador, la normativa administrativa ha ido cambiando poco a poco la percepción antes señalada y ha incorporado algunos criterios sobre garantías procesales. Sin embargo, en la actualidad, se verifica que su centro continúa siendo la descripción de las instituciones y su funcionamiento, y no las garantías del ciudadano que se enfrenta a la administración pública.

Si bien es cierto existe un marco jurídico administrativo común²³, los criterios sobre garantías del administrado que se pueden haber desarrollado en ese marco no siempre han sido incorporados o interpretados de la misma manera por las leyes de naturaleza específica. Esto ha determinado la existencia de una normativa diseminada en varios cuerpos legales, que no es sistemática y que en algunos casos responde a diversos enfoques que muchas veces se contradicen. De estas características, se desprenden otras debilidades que dan como resultado “un conjunto de normas en el que la falta de claridad en las reglas de juego y la carencia de procedimientos claros y definidos, nutren de inseguridad jurídica el panorama legal”²⁴ (subrayado propio).

Estas características determinan no solo la existencia de un sistema jurídico confuso y contradictorio, sino que es la puerta para otro tipo de debilidades, tales como:

- **Falta de claridad al momento de presentar una demanda ante la Función Judicial por actos de la administración**, hay casos en los que no está claro si se debe acudir ante el juez común o ante el contencioso administrativo;
- **Excesiva discrecionalidad administrativa;**
- **Falta de actuación por parte de los funcionarios públicos**, debido al temor de que sus decisiones no sea compartida por sus superiores o por los órganos de control; y,
- **Lentitud y parálisis administrativas.**

²² AGUILAR, Juan Pablo. *Dispersión de la legislación administrativa causa inseguridad jurídica*. Revista Judicial DLH. Quito. Formato electrónico en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2382&Itemid=426.

²³ El derecho administrativo ecuatoriano está integrado por un conjunto de normas comunes aplicables a la totalidad de los órganos de la administración pública y por aquellas leyes orgánicas y demás normativa específica de cada uno de los órganos de la administración. Entre las principales normas administrativas comunes encontramos: i) Estatuto del régimen jurídico administrativo de la función ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428 del 18 de Marzo de 2002. Registro Oficial 536; ii) Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ley 35. Publicada en el Registro Oficial 338 de fecha 18 de Marzo de 1968; iii) Ley de Régimen Administrativo. Codificación 5 publicada en el Registro Oficial Suplemento 1202 de fecha 20 de Agosto de 1960; iv) Ley de Modernización del Estado. Ley 50. Publicada en el Registro Oficial 349 de fecha 31 de Diciembre de 1993; y, v) Reglamento general de la Ley de Modernización del Estado. Decreto Ejecutivo 2328 publicada en el Registro Oficial Suplemento 581 de fecha 2 de Diciembre de 1994.

²⁴ *Ibidem*.

Ante esta realidad, se recomienda tener en cuenta que el Estado, en su relación con los ciudadanos, cumple una serie de funciones que muchas veces repercuten directamente en el goce efectivo de los derechos del individuo. Estas funciones se materializan a través de actos administrativos, entendidos como aquellas decisiones que toma un órgano de la Administración Pública y que tiene efectos jurídicos sobre el administrado. La finalidad del derecho administrativo es orientar los cauces jurídicos necesarios para la defensa de los derechos de los administrados, asegurando al mismo tiempo la realización de los intereses de la comunidad.

En este sentido, más que normas administrativas que describan las funciones de la administración pública, resulta fundamental desarrollar instrumentos que fijen las reglas y principios que deben inspirar la función administrativa con la perspectiva de lograr la plena realización de los derechos fundamentales de los administrados. Para tal efecto, las herramientas que el Estado debe desarrollar deben tener dos objetivos concretos:

- i) aseguran la eficacia de la gestión de la Administración; y,
- ii) el respeto de los derechos e intereses de los administrados.

Para que el Derecho Administrativo satisfaga los objetivos para los que fue creado, es decir, garantice la vigencia de los derechos humanos y logre desarrollar un escenario donde reine la seguridad jurídica disminuyendo la posibilidad de aplicación de criterios discrecionales y arbitrarios; se recomienda al Estado el diseño de un instrumento aplicable por igual a la totalidad de instituciones que desarrollan actividades de carácter administrativo. En este sentido, el mecanismo que se escoja debe:

- establecer los principios rectores comunes a toda la Administración Pública, principios que estarán basados en la centralidad del ser humano y sus derechos respecto de la gestión administrativa;
- señalar su naturaleza supletoria por lo que, en caso una norma específica no haya previsto una determinada situación, sirva para suplir los vacíos legales existentes, evitando dejar en una situación de desprotección al individuo sujeto a la Administración;
- enumerar los principios que sirven de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general. Estos deberán estar inspirados en los lineamientos desarrollados por el DIDH;
- reconocer la existencia y aplicabilidad de precedentes administrativos, de tal manera que el administrado conozca el criterio de decisión respecto a su caso en particular;
- señalar la obligatoriedad de la notificación previa y establezcan pautas de protección al administrado en este aspecto, esto en atención de una de las garantías fundamentales del debido proceso;
- determinar las garantías del individuo frente al silencio administrativo;
- reconocer la presunción de veracidad como criterio general, siendo que la carga de la prueba de lo contrario recae totalmente en los órganos del Estado; y,
- establecer expresamente una serie de derechos generales a los administrados.

Ante la existencia de esta agenda pendiente, la nueva Constitución de la República reconoce una serie de garantías en el marco de los procedimientos administrativos, como por ejemplo el derecho a obtener una resolución debidamente motivada (Art. 76) y la posibilidad de impugnar los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado (Art. 173) generando un espacio favorable para la superación de estas deficiencias.

3.3 Estándares internacionales del debido proceso administrativo²⁵

De acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia, *“El debido proceso se instituye [...] como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata [...] que rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiéndolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas, y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten”*²⁶.

Así pues, a entender de este alto tribunal, *“el desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas, que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes”*²⁷.

En ese sentido, es necesario detenerse en el análisis del debido proceso aplicable a todos aquellos procesos vinculados a la gestión migratoria: la determinación del estatus de la calidad migratoria; las medidas de exclusión, deportación o expulsión de inmigrantes; los procesos de naturalización; los procesos de reagrupación familiar; y todos aquellos procesos que apliquen las autoridades de un Estado en ejecución de su política migratoria.

Según refiere la CIDH *“la determinación de estatus del trabajador migratorio tiene consecuencias para su posibilidad de sobrevivir, de trabajar en condiciones dignas, y de alimentar y educar a su familia. Se afectan también su derecho a la vida familiar y a la protección especial de sus hijos menores. En algunos casos, el procedimiento puede tener efectos sobre su libertad personal mientras dura el trámite de deportación”*²⁸. Por ello, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias destacó que *“el valor en juego en estos trámites es similar al de la libertad, o por lo menos más cercano a ella que lo que puede verse afectado por el resultado de otros procedimientos administrativos o aun judiciales. En consecuencia, el proceso que es debido debe satisfacer un piso mínimo bastante completo de garantías”*²⁹.

Así, al fijar algunos estándares mínimos respecto al debido proceso administrativo, los órganos del Sistema Interamericano han subrayado la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal. La Corte y la CIDH han establecido que la labor de la administración posee límites concretos y que entre ellos se encuentra el respeto de los derechos humanos *“[e]n este punto, en casos que involucran a sectores especialmente vulnerables, como los migrantes, la Corte IDH ha identificado la necesidad de trazar vínculos entre los alcances del debido proceso legal administrativo y la efectiva vigencia de la prohibición de discriminación”*³⁰.

²⁵ El presente punto se basa en lo desarrollado en COMISION ANDINA DE JURISTAS. Grupos en situación de especial protección en la región andina: migrantes. Luis Enrique Aguilar Cardoso; Mariana Mendiola Hidalgo. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2008; y, en CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio (oea/ser./l/v/i111 doc. 20 rev.), 16 abril 2001.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-540-97 de fecha 23 de octubre de 1997.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio (oea/ser./l/v/i111 doc. 20 rev.), 16 abril 2001; Párrafo 98.

²⁹ *Ibidem*; párrafo. 95.

³⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4 del 7 de septiembre de 2007. párrafo 13.

Por otro lado, en base a los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han establecido como componentes del debido proceso en sede administrativa, el siguiente conjunto de elementos. A saber:

- i. La garantía de una audiencia de determinación de derechos;
- ii. El derecho a la representación legal³¹;
- iii. La notificación previa sobre la existencia del proceso;
- iv. El derecho a contar con una decisión fundada;
- v. La publicidad de la actuación administrativa;
- vi. El derecho al plazo razonable del proceso administrativo; y,
- vii. El derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas.

Si bien es cierto, la mayoría de estas garantías han sido incorporadas a las diferentes legislaciones administrativas, este reconocimiento es de carácter general. Por lo cual, teniendo en cuenta la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los migrantes, este reconocimiento ha resultado inadecuado. Por tanto, se hace necesario que sean expresamente incluidos en aquellos procedimientos administrativos donde se encuentren en juego los derechos de los y las migrantes. Esto con el fin de contar con reglas claras para el comportamiento de los agentes estatales, a fin de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa, que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias³².

4. El debido procedimiento administrativo en la gestión migratoria como política general del Estado: Propuestas de acción

4.1. Propuestas generales

Como se ha venido describiendo a lo largo de este documento. Son muchos los actos, las normas y los órganos administrativos vinculados a la gestión migratoria (**Ver anexo II**). Teniendo en cuenta que:

- a. es difícil identificar cada una de las garantías de cada uno de los procedimientos administrativos realizados por cada institución gubernamental vinculada al tema en el afán de lograr la tan deseada gobernabilidad migratoria; y,
- b. que existen muchos procedimientos vinculados a la gestión de la movilidad humana que, pese a su importancia, no son abordados en esta propuesta. En esta situación, se encontraría por ejemplo los procedimientos de reconocimiento del estatuto de refugiado, regulaciones sobre desplazamiento interno, entre otros.

El presente punto, busca generar algunas propuestas comunes a todas las instituciones encargadas de la gestión de la migración (incluyendo tanto la emigración como la inmigración).

En ese sentido se recomienda al Estado desarrollar una política que, a través de normas, prácticas, programas y decisiones establezcan principios generales aplicables a la totalidad de actos administrativos vinculados a la gestión de la migración. Se alienta al Estado a que reconozca de manera expresa el derecho al debido proceso administrativo y los principios y garantías vinculadas a estos procedimientos a las personas en situación de movilidad, tanto a nivel normativo y político, y que ese

³¹ De acuerdo con la Comisión Interamericana, dicha garantía debe incluir: a) el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; b) el derecho a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y c) el derecho a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas. Ibid. Op. cit.; párr. 140.

³² CIDH. Loc. Cit. 59; párrafo. 11.

reconocimiento se concretice en una serie de instrumentos que hagan factible en la realidad la vigencia de este derecho. De tal manera que, este marco, sirva efectivamente para garantizar la vigencia de los derechos de los migrantes, refugiados y todos aquellos colectivos en situación de movilidad.

Al respecto, se recomienda tener como guía los siguientes principios generales³³:

- **Principio de legalidad.-** Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
- **Principio del debido procedimiento.-** Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.
- **Principio de impulso de oficio.-** Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.
- **Principio de razonabilidad.-** Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
- **Principio de imparcialidad.-** Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.
- **Principio de informalismo.-** Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.
- **Principio de presunción de veracidad.-** En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.
- **Principio de conducta procedimental.-** La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe.
- **Principio de celeridad.-** Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.
- **Principio de eficacia.-** Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.
- **Principio de verdad material.-** En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual

³³ Principios recogidos de la Ley 27444, Ley que regula el procedimiento administrativo general en el Perú.

deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

- **Principio de participación.-** Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.
- **Principio de simplicidad.-** Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria, es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.
- **Principio de uniformidad.-** La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.
- **Principio de predictibilidad.-** La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.
- **Principio de privilegio de controles posteriores.-** La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

Asimismo, otros aspectos a incorporar son menciones precisas a la obligación de motivar las resoluciones emitidas, procedimientos y garantías de la notificación, regulaciones frente al silencio administrativo y la existencia de precedentes administrativos.

Finalmente, queda agregar que cualquier procedimiento vinculado a la gestión migratoria, sea que se trate de la atención de personas extranjeras en el país o nacionales en el país de recepción, debe basarse en el principio de buena fe, con la firme creencia de que la persona que migra lo hace con el único fin de contribuir a su desarrollo personal y familiar, y de contribuir, desde sus posibilidades, al desarrollo del país de origen y del país receptor. De esta manera, los intereses del ser humano deben estar al centro de cualquier procedimiento en el cual se determinen sus derechos fundamentales.

4.2. Estándares de protección y procedimientos específicos

Para el presente punto, se ha tratado de identificar y describir utilizando el enfoque de derechos los procesos sobre los que se ha encontrado más información realizados en torno a la gestión de la inmigración. En esa perspectiva abordaremos los procesos de deportación; reagrupación familiar; determinación y cambio de la calidad o estatuto migratorio; otorgamiento de permisos de trabajo; y, de naturalización.

Es preciso recalcar nuevamente que, el debido proceso administrativo debe ser un parámetro que ilumine toda la gestión migratoria de atención a emigrantes, inmigrantes, refugiado, desplazados y demás grupos de especial protección comprendidos en la lógica de la movilidad humana. En tal perspectiva, instamos a que este enfoque se extienda a los demás procesos que no han sido contemplados por nuestra propuesta.

A. El debido proceso administrativo y el procedimiento de deportación.

La Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y los miembros de su familia, instrumento que establece los principales derechos de los y las migrantes, enumera en su artículo 22 una serie de garantías mínimas a las que están obligados los Estados parte en materia de deportación y exclusión. Al respecto, este instrumento internacional establece como estándares mínimos los siguientes:

1. *los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.*
2. *los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.*
3. *la decisión les serán comunicadas en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.*
4. *salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.*
5. *Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.*
6. *En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.*
7. *Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar cuyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.*
8. *Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar cuyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.*
9. *La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar cuyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden.*

Por su parte, la Relatoría para los Trabajadores Migratorios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado respecto a los posibles parámetros dentro de los que se deberían desarrollar estos procedimientos, dentro de los cuales citó los siguientes³⁴:

- **Adjudicador responsable e imparcial:** *Las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados. El funcionario que toma estas determinaciones debe ser responsable ante la ley, ante sus superiores jerárquicos, y ante organismos de control horizontal, por la legalidad de las mismas. Su nombramiento y su ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y «blindados» contra posibles presiones e influencias.*
- **Derecho a ser oído:** *En estos procedimientos, el trabajador migratorio debe tener y gozar efectivamente del derecho a ser escuchado para alegar lo que estime correspondiente y así defender su derecho a no ser deportado. Este derecho a una audiencia debe extenderse a su*

³⁴ RELATORIA PARA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS DE LA CIDH. Segundo informe de Progreso. En: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. OEA/Ser./L/V/II.111 del 16 de abril de 2001. Párrafo 99.

capacidad para conocer y contradecir la prueba que se ofrezca en su contra, y para ofrecer y producir pruebas pertinentes, así como la oportunidad razonable para hacerlo.

- **Información, traducción e interpretación:** *Debe garantizarse que el inmigrante, cualquiera sea su status, entienda el procedimiento al que está sujeto, incluidos los derechos procesales que le asisten. A tal fin, de ser necesario, deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda.*
- **Representación legal:** *Debe garantizarse a la persona presuntamente deportable la posibilidad de ser representado por abogados de su elección, o bien de personas idóneas en la materia. Tal vez no sea exigible que el Estado provea defensa profesional gratuita, como en materia penal; pero al menos debiera ofrecerse representación gratuita a los indigentes. Asimismo, la información mencionada en el punto anterior debe incluir, para todos los interesados, alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al inmigrante.*
- **Revisión Judicial:** *Es lícito que estas decisiones se adopten en la esfera administrativa. Pero en todos los casos debe haber posibilidad de revisión judicial de las decisiones, ya sea por vía de recursos en lo contencioso-administrativo o por vía de amparo o habeas corpus. No postulamos que cada decisión administrativa de deportación deba ser examinada de novo por la justicia, pero sí que los jueces deben reservarse un mínimo de control de legalidad y de razonabilidad de las decisiones del poder administrador, para satisfacer el deber de garantía del Art. 1.1 y el derecho a un recurso rápido y eficaz previsto en el Art. 25 de la Convención Americana.*
- **Acceso a Autoridades Consulares:** *Como se ha indicado, nos parece fundamental que se tomen todas las acciones tendientes a garantizar el acceso consular oportuno, sobre todo de quienes se encuentran detenidos. Dicho acceso debiera hacerse de acuerdo a las cláusulas específicas establecidas por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.*

Un tema de particular importancia es la llamada Expulsión Colectiva. Pese a ser una figura prohibida por el Derecho Internacional y que muchos Estados se obligaron a ello en función de la firma y ratificación de instrumentos internacionales, se observa que dicha prohibición no ha sido introducida en la práctica y/o legislación nacional pertinente. En el caso del Ecuador, la nueva Constitución prohíbe expresamente las deportaciones colectivas. Sin embargo, esta garantía no siempre es recogida en la práctica.

Otro criterio que debe quedar expresamente garantizado por la legislación y/o por los instrumentos de aplicación, es la prohibición de expulsión de menores y de personas que tienen vínculos familiares establecidos en el país. Siendo que el derecho a la unidad familiar debe ser uno de los criterios predominantes en la determinación de la posibilidad de ser deportado o no.

Es importante también, tener reglas claras en torno a las ordenes de expulsión no ejecutadas. Por lo general, estos casos responden a problemas fácticos y jurídicos (insuficiencia de recursos humanos o materiales, protección de derechos de los extranjeros, etc.). El problema radica en el hecho de que, una vez decretada la expulsión, los extranjeros ya no pueden regularizarse aunque continúan estando en el territorio del Estado y presumiblemente trabajando para vivir. En estas circunstancias, la expulsión no cumple sus objetivos dado que ni traslada fuera del territorio al extranjero infractor, ni desincentiva la entrada irregular de otros extranjeros.

Por otro lado, un tema íntimamente vinculado a los procesos de deportación está referido a las denominadas “retenciones administrativas”. Al respecto, es posición de la Comisión Andina de Juristas la no aplicación de estas medidas en procedimientos administrativos como el que se viene observando, debido a que en primer término, constituye una doble sanción lo cual está proscrito por ley, pero además se duda en que esta medida tenga carácter administrativo, sino más bien carácter judicial, por lo que no correspondería su aplicación para el caso concreto.

Los Estados en ejercicio del principio de soberanía estatal tienen libertad para establecer las medidas que consideren necesarias para gestionar los flujos migratorios teniendo como único límite lo

establecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En esa perspectiva, en caso de que se estime conveniente fijar esta medida como parte de los procesos de deportaciones, deben establecerse expresamente:

- plazos mínimos de detención;
- las condiciones en que se va a ejecutar (prohibiendo que sea ejecutada en recintos penitenciarios, teniendo en cuenta cuestiones de género y edad al momento de determinar el lugar donde se ejecutará, evitando la retención de menores); y,
- los mecanismos judiciales de revisión de las decisiones de aplicar esta medida.

Cabe agregar además, que en caso de optar por la deportación del migrante, se deben establecer garantías claras en torno a la gestión del retorno, garantizando que este se realice en condiciones dignas para el migrante.

En el Ecuador, la Ley de Migración regula los procedimientos de Exclusión y Deportación. De acuerdo a esta norma la deportación y la exclusión de los extranjeros es dispuesta por el Intendente General de Policía; se inicia de oficio, en base al informe expreso del agente de policía del servicio de migración.

De acuerdo a la ley, el intendente General de Policía actuante, dispondrá dentro de las 24 horas siguientes a la instrucción de la acción penal de deportación, que concurran a su presencia el representante del Ministerio Público designado, el extranjero y su defensor de oficio, para llevar a efecto la audiencia respectiva. Como se observa, pese a que la ley reconoce el derecho a la defensa, el plazo de 24 horas resulta insuficiente para preparar lo mismo lo cual no garantiza que la defensa sea efectiva. Por otro lado, el hecho de que el intendente sea juez y parte del proceso anula la imparcialidad que por ley debe regir toda decisión que afecte derechos fundamentales del individuo.

En la audiencia se exhibirán los documentos, evidencias y demás pruebas atinentes a las situaciones de hecho y de derecho en que se fundamente la acción; y la declaración y alegatos del extranjero que se opongan a la misma. El Intendente General de Policía expedirá su resolución dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la realización de la precitada audiencia, ordenando o negando la deportación.

En el caso de que la resolución del Intendente General de Policía **niegue la deportación**, deberá ser obligatoriamente elevada en consulta administrativa al Ministro de Gobierno, dentro de los tres días siguientes a la fecha de su emisión. Esta autoridad tiene un plazo de cinco días, para confirmar o revocar la resolución elevada en consulta, decidiendo fundamentadamente en mérito de lo actuado. Si se confirma la resolución que niega la deportación, será dispuesta la inmediata libertad del extranjero detenido, quien podrá ejercer a plenitud sus derechos y la acción de daños y perjuicios a que hubiere lugar. Mientras que, en caso de revocarse la resolución que niegue la deportación, será emitida la orden de deportación del extranjero en la forma que establece la Ley.

Por otro lado, si la resolución dispone la orden de deportación, esta es susceptible de impugnación ante el órgano competente de la Función Judicial. Ejecutoriada la resolución, será ejecutada por los agentes de policía en la forma, condiciones y plazo establecidos.

Al respecto es conveniente precisar que existe una indefinición del tipo de acción del que se trate, pues si fuese una acción netamente administrativa no habría necesidad de que medie la detención del extranjero o extranjera sujeto a este proceso, lo cual viola el derecho a la seguridad jurídica. Asimismo, este hecho limita el derecho de impugnación; pues al no haber claridad sobre el tipo de acción, tampoco se precisa el de la impugnación. Asimismo, respecto a la ejecución de la deportación, la ley nos remite a otro mecanismo legal sin precisar criterios mínimos en torno a la garantía de que el mismo se realice tomando en cuenta el bienestar de la persona deportada.

Si bien es cierto, se reconoce el derecho de impugnación, se ha identificado que en la práctica existen muchas limitaciones en torno a su efectividad. En primer lugar, de acuerdo a datos del informe sombra se sabe que la deportación se ejecuta dentro de las 24 horas de emitida la resolución, período que no garantiza la posibilidad de incoar tal medida. Asimismo, no hay norma alguna que establezca que de existir un proceso de impugnación la ejecución queda suspendida. Asimismo, no existe una debida publicidad sobre la posibilidad de impugnar la resolución, siendo injusto el hecho de que de ser una resolución que niegue la deportación sea **obligatorio** su revisión, mientras que en el caso de ser afirmativa no tiene el mismo grado de obligatoriedad.

Por otro lado, existen una serie de casos que son de particular preocupación:

1. **Los familiares de extranjeros.** De acuerdo a la ley todo extranjero sujeto al fuero territorial bajo cuya protección o compañía se encuentre el afectado por una orden de exclusión o deportación, podrá ser obligado a abandonar el territorio nacional en la misma forma y condición que su protegido o acompañante, siempre que también se encuentre en situación irregular. Esta prescripción, vulnera totalmente el derecho al debido proceso del familiar extranjero y las garantías que el mismo contiene.
2. **La situación de las personas extranjeras sentenciadas por delitos comunes.** De acuerdo a la ley, luego del cumplimiento de la pena procede la automática deportación. Este hecho atenta contra el principio de rehabilitación, reinserción social y de unidad familiar en los casos de aquellos extranjeros o extranjeras que han creado vínculos familiares en Ecuador.
3. **La situación de aquellas personas cuya orden de deportación no puede ser ejecutada.** Esta situación significa una detención indeterminada e injustificada de un ser humano que no ha cometido delito penal alguno. Asimismo, esto resulta preocupante dado que muchas veces la imposibilidad de realizar la deportación responde a la falta de medios económicos o a que se trata de una persona apátrida; víctima de trata de personas; refugiado o solicitante de asilo; o, una persona que tiene un fundado temor de sufrir un acto que atente contra su integridad.

Respecto a este tema conviene resaltar las recomendaciones del Comité de Protección de los Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas y las emitidas por la Coalición a través del informe sombra. De acuerdo al Comité:

- a) *La persona de que se trate tendrá derecho a presentar las razones por las cuales no debe ser expulsada y hará que una autoridad competente revise su caso;*
- b) *Si posteriormente se anulara la decisión de expulsión que ya se ha ejecutado, la persona del caso tendrá derecho a pedir indemnización, según lo que establece la ley;*
- c) *En caso de expulsión, la persona de que se trate recibirá información inmediata de su derecho a recurrir a la protección y asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas del Estado de origen o de un Estado que represente los intereses de ese Estados.*

Finalmente, bajo la luz de los criterios de Derecho Internacional desarrollados, señalamos las siguientes recomendaciones:

Sobre el procedimiento de deportación:

- Establecer medios que garanticen la debida publicidad del proceso. Es decir, que exista información disponible, veraz, completa y confiable para cualquier usuario, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el camino que va a recorrer.
- Definir la naturaleza de la figura de la deportación o inclusión.
- Garantizar la existencia de una autoridad responsable e imparcial.

- Establecer criterios sobre precedentes administrativos de tal manera que el administrado tenga una idea bastante certera de cuál será el de resultado final que se obtendrá.
- Debe garantizarse a la persona presuntamente deportable la posibilidad de ser representado por abogados de su elección, o bien de personas idóneas en la materia.
- Garantizar el respeto al principio de no devolución
- Otorgamiento de un plazo razonable para preparar la defensa.
- Acceso a Autoridades Consulares desde el inicio del proceso.
- Reconocimiento del derecho de la unidad familiar como criterio para evaluar la pertinencia de la deportación.
- Establecimiento de la obligatoriedad de contar con un traductor, de que las decisión sean comunicadas en un idioma que puedan entender el sujeto del proceso y de que las notificaciones y cualquier documento escrito debe serlo en un idioma que entienda el individuo.
- La carga de la prueba la debe tener el Estado.
- Establecer la obligatoriedad de contar con una decisión debidamente fundada.
- En caso de expulsión, el interesado tendrá un plazo razonable después de emitida la resolución para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.
- La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios, propiedad y otras prestaciones que se le adeuden.
- Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta.
- Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.
- Cabe agregar además, que en caso de optar por la deportación del migrante, se deben establecer garantías claras en torno a la gestión del retorno, garantizando que este se realice en condiciones dignas para el migrante.

Sobre el mecanismo de Impugnación:

- Se informará a los interesados de este derecho y de la autoridad ante quien se presenta desde el inicio del proceso de manera escrita en la notificación y oral.
- De existir una impugnación la suspensión de la ejecución de la decisión de expulsión es automática.
- El mecanismo de impugnación no debe ser optativo sino obligatorio ó en tal caso, establecer un mecanismo para que los jueces se reserven un mínimo de control de legalidad y de razonabilidad de las decisiones del poder administrador.
- Establecer que el plazo de ejecución de la decisión debe garantizar que la persona tenga el tiempo suficiente para realizar su impugnación.

Sobre las situaciones especiales:

- Establecimiento de mecanismos que hagan efectiva la prohibición de la Expulsión Colectiva, de la deportación de menores y de la deportación automática de familiares del deportado.
- Regular todo lo relacionado con las órdenes de expulsión no ejecutadas.
- Respecto a las medidas de internamiento, se recomienda:
 - Establecer estas medidas como último recurso, solo en caso de que exista un peligro de fuga debidamente probado.
 - La carga de la prueba la tendrá el Estado.
 - Señalar plazos mínimos de detención.

- Establecer las condiciones en que se va a ejecutar (prohibiendo que sea ejecutada en recintos penitenciarios, teniendo en cuenta cuestiones de género y edad al momento de determinar el lugar donde se ejecutará, evitando la retención de menores).
- Establecer la obligatoriedad del control judicial de las respecto de todas las decisiones de internamiento.
- Prohibir la deportación de personas extranjeras que hayan cumplido su condena.

B. El debido procedimiento administrativo y el procedimiento de reagrupación familiar.

La reunificación de la familia de los migrantes es el proceso administrativo que busca la reunión de un trabajador migrante (principal) con los miembros de su familia en el País huésped (empleo). La mayoría de las legislaciones establecen dos requisitos indispensables para la reunificación de los trabajadores migrantes y su familia:

- residencia regular del principal en el país huésped
- entrada posterior (post-principal) de los miembros de la familia del principal del país de origen al País huésped, después de la autorización correspondiente por el País huésped

El derecho a la reunificación de la familia está contenido en varios instrumentos legales internacionales. Varios acuerdos y convenciones definen el concepto de “miembro de la familia”³⁵ para los fines de protección de los derechos de los miembros de la familia de los migrantes y establecimiento de los requisitos indispensables para la reunificación de la familia³⁶.

En ese sentido, dos importantes instrumentos internacionales han establecido expresamente el derecho a la reunificación de la familia: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de su Familia de 1990 (CTM).

De acuerdo al artículo 44 de la CTM los Países Miembros están en la obligación de reconocer la importancia social de la familia y su derecho a la protección por la sociedad y el País. Por lo tanto, los Estados parte deben tomar medidas adecuadas para asegurar la protección de la unidad de las familias de los trabajadores migrantes y tomar medidas que consideren convenientes y que sean de su competencia para facilitar la reunificación familiar.

Por su parte, la CDN estipula la obligación de los Países Miembros de respetar el derecho del niño de preservar, entre otras cosas, sus “relaciones familiares sin interferencia ilegal”. A su vez, consagra el principio de no-separación del niño de sus padres en contra de su voluntad. Finalmente, establece que “las solicitudes por un niño o sus padres de entrar o salir de un País Miembro con el propósito de la reunificación de la familia serán tratadas por los Países Miembros de una manera positiva, humanitaria y rápida”.

³⁵ Para efectos de nuestro informe, utilizaremos la definición esgrimida por la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTM), que en su artículo cuarto define como “familiares” a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

³⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Fundamentos de gestión de la migración para las personas encargadas de formular políticas y profesionales*. Volumen dos: desarrollo de políticas sobre migración. Ginebra; OIM, 2006; Pp. 132.

El Comité de protección de los Derechos del Niño también abordó la cuestión en su Observación General número VI (2005), sobre "el tratamiento de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen". En la sección VII de la Observación General, dedicado a "la reunificación familiar, Retorno y otras formas de soluciones duraderas", el Comité consideró que: " Si no es posible la reunión familiar en el país de origen, sea a causa de obstáculos jurídicos que impidan el retorno, sea porque la ponderación del retorno contra el interés superior del menor inclina la balanza en favor de este último, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio.

En este contexto, y siguiendo el tenor de lo señalado en la observación general, se recuerda especialmente a los Estados Partes "toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva" y "no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares" (párrafo 1 del artículo 10). Según el párrafo 2 del mismo artículo, los países de origen deben respetar "el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido del propio, y a entrar en su propio país".

Es importante resaltar que, en su 42º periodo de sesiones realizado en noviembre del 2008, el Comité CEDAW adoptó la recomendación general Nº 26 sobre trabajadoras migratorias. Esta recomendación describe las circunstancias que contribuyen a la vulnerabilidad particular de muchas mujeres migrantes, y sus experiencias respecto de la discriminación en el ámbito laboral por motivo de género y de sexo en tanto causa y consecuencia de la violación de sus derechos humanos. Para ello, centra su análisis en la situación de aquellas trabajadoras migratorias que desempeñan empleos mal remunerados, pueden correr un mayor riesgo de sufrir abuso y discriminación y es posible que nunca cumplan los requisitos necesarios para obtener la residencia permanente o la ciudadanía, como pueden ser las trabajadoras del hogar o las trabajadoras sexuales. Respecto a la reunificación familiar esta recomendación general señala³⁷:

19. Las trabajadoras migratorias [...] [n]o pueden en algunos casos beneficiarse de los planes de reunificación familiar, que no siempre se hacen extensivos a las trabajadoras empleadas en sectores en los que predomina la mujer, como el servicio doméstico o los sectores del ocio y el esparcimiento.

26.e) Establecer planes no discriminatorios de reunificación familiar: los Estados Partes deben garantizar que los planes de reunificación familiar no entrañen ningún tipo de discriminación, directa o indirecta, en razón del sexo.

Asimismo, se reconoce a nivel internacional los beneficios de la reunificación familiar. Amnistía Internacional ha señalado que: "la reunificación familiar es una cuestión compleja en el contexto de la migración. Los Estados reconocen las ventajas de la reunificación familiar para su población migrante, sobre todo en términos de ofrecer una fuerza de trabajo equilibrada y productiva que esté integrada en la comunidad de acogida. Saben que la alternativa de la separación prolongada y reiterada de las familias puede tener efectos sociales negativos. No obstante, los gobiernos ponen cada vez más trabas a la reunificación familiar, sobre todo en el contexto de la migración temporal o de baja cualificación, aduciendo que la reunificación prolongará el período de tiempo que los migrantes permanecerán en el país de destino. Los gobiernos de los países de origen también se muestran reacios a que las familias de los migrantes se unan a ellos de forma segura en el país de empleo, pues esto significará en muchos casos el fin de las remesas que llegan al país de origen"³⁸.

³⁷ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Sobre Trabajadoras Migrantes*. Recomendación General Nº 26. Noviembre de 2008.

³⁸ AMNISTIA INTERNACIONAL. *Vivir en las sombras: Una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes*. Septiembre de 2006; p. 52. Formato Virtual en: www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/Vivir_en_las_sombras.pdf

En el caso de Ecuador, no se ha verificado la existencia de un procedimiento claro preestablecido al respecto. En la Ley de Extranjería únicamente se señalan algunas normas dispersas sobre tratamiento de menores y familiares, pero nada que haga pensar en la existencia de un procedimiento de reunificación familiar o de garantías procedimentales dentro del mismo. Desde nuestro análisis, estas normas regulan la existencia de un procedimiento de solicitud y reconocimiento de una categoría inmigratoria más (Categoría VI: Categoría de cónyuge o familiar). Esta hipótesis se confirma en relación al artículo 21 del reglamento de la ley de Extranjería que señala: “ *Todo extranjero mayor de 18 años de edad constituye una unidad migratoria aunque pertenezca a una misma familia*”. Lo que indica por ejemplo que, tanto el cónyuge como los familiares mayores de edad y dependientes de un inmigrante deben seguir un procedimiento independiente.

Desde nuestra perspectiva, establecer un proceso independiente y diferenciado de reunificación familiar es de suma importancia. En primer lugar, porque muchas veces los procesos de reconocimiento de calidades migratorias se rigen bajo la lógica de selectividad y restricción migratoria, aspectos totalmente atentatorios del derecho a la protección de la unidad familiar; y, en segundo lugar, porque tratándose de un proceso que puede afectar las fibras más íntimas de la familia amerita contar con protecciones especiales. Ahora bien, consideramos que tampoco sería necesario crear una figura jurídica más, si el Estado ecuatoriano puede garantizar una debida aplicación de estándares de protección de la unidad familiar en el proceso que viene implementando.

En ese contexto, y en base al desarrollo que ha tenido el derecho a la protección de la unidad familiar, se hacen las siguientes recomendaciones que pueden ser aplicadas tanto para la posible creación de un procedimiento de reunificación familiar como para el actual procedimiento de reconocimiento de la calidad migratoria de cónyuge o familiar:

- Reconocer la importancia social de la familia de las y los migrantes y su derecho a la protección por la sociedad y el país.
- Reconocimiento del derecho de la unidad familiar como criterio fundamental para evaluar la pertinencia de la reagrupación familiar o del reconocimiento de la calidad migratoria de familiar.
- Las solicitudes de reunificación o de reconocimiento de calidad migratoria de familiar deben ser tratadas de una manera positiva, humanitaria y rápida.
- Los requisitos que se le solicitan al principal para lograr la reunificación familiar, tienen que ser los mínimos esenciales que para mantener la unidad familiar.
- En caso de imponer requisitos temporales para la reunificación de la familia (período de residencia específico en el país huésped antes de reunirse con los miembros de su familia) establecerse un período mínimo razonable en atención al derecho a la unidad familiar y a los posibles efectos negativos sobre los niños afectados.
- Reconocer el derecho a la reunificación familiar o al reconocimiento de la calidad migratoria de familiar de inmigrantes sin importar la categoría migratoria o el sector donde se desempeña el segundo.
- Reconocer como principios fundamentales de este tipo de procesos, el principio de celeridad y de simplicidad.
- Establecer medios que garanticen la debida publicidad del proceso. Es decir, que exista información disponible, veraz, completa y confiable para cualquier usuario, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el camino que va a recorrer.
- Garantizar la existencia de una autoridad responsable e imparcial.
- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados.

- Establecer que en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman.
- Establecer criterios sobre precedentes administrativos de tal manera que el administrado tenga una idea bastante certera de cuál será el de resultado final que se obtendrá.
- Garantizarse una debida orientación antes del inicio del proceso.
- En el caso de que el extranjero no conozca el idioma oficial, establecer la obligatoriedad de contar con un traductor; de que las decisión sean comunicadas en un idioma que puedan entender el sujeto del proceso; y, de que las notificaciones y cualquier documento escrito debe serlo en un idioma que entienda el individuo.
- Establecer la obligatoriedad de contar con una decisión debidamente fundada.
- Establecer un adecuado mecanismo de revisión efectuado por una autoridad imparcial sobre el que se informe desde el inicio del proceso.
- El procedimiento debe establecer reglas claras sobre:
 - protección de los miembros de la familia del trabajador migrante contra la expulsión;
 - las necesidades y los derechos de los hijos menores; y
 - trato especial para personas en situación de especial vulnerabilidad: niños, adultos mayores, mujeres embarazadas y discapacitados.

C.- El debido procedimiento administrativo y el sistema de determinación y cambio de categoría o calidad migratorias.

Una premisa fundamental de la soberanía nacional es que un Estado tiene el poder para decidir individualmente la forma en que desean gestionar la migración relacionada con su propio territorio. Mediante el ejercicio de esta autoridad, los Estados pueden regular, entre otras cosas, el ingreso de extranjeros al país. En ese sentido, los Estados establecen requisitos y perfiles migratorios para decidir quién puede y quién no puede entrar a su territorio, en atención a la protección de la seguridad del Estado.

Este poder, como ya se ha mencionado, debe ser ejercido con el pleno respeto a los derechos humanos fundamentales y libertades de los y las migrantes reconocidos en un amplio rango de instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario, que constituyen los límites dentro de donde se puede desarrollar la gestión de la migración.

Los procedimientos para determinar la condición migratoria de una persona tienen un impacto directo en la situación jurídica de la persona en el Estado de recepción, dado que del reconocimiento de una categoría migratoria determinada dependerá el efectivo goce de los derechos humanos de las y los migrantes. Asimismo, en este proceso entran en juego, el derecho a la igualdad y a la prohibición de la discriminación; y, el derecho a la libre movilidad.

Por un lado, el derecho a la igualdad y no discriminación establece que toda persona goza de todos los derechos y libertades reconocidos al ser humano, en condiciones de igualdad; es decir, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición. En ese sentido, la obligación de los Estados es evitar aplicar medidas que limiten o conculquen un derecho fundamental, suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental, y adoptar medidas positivas para garantizar la igualdad. Si bien no pueden existir dentro de un Estado distinciones en razón del origen nacional, la ciudadanía o de la condición migratoria, un Estado sí puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos de la población sobre la que recae.

Por otro, el derecho a la libre movilidad, reivindica el derecho de toda persona a trasladarse dentro de un país ó desde un país a otro sin limitaciones. Este derecho no tiene carácter de absoluto pues, puede ser limitado, entre otras varias razones, por cuestiones de seguridad, sanidad, mandato judicial o aplicación de la ley de extranjería de cada país.

En términos del procedimiento en análisis, es claro que los estados pueden exigirse determinados requisitos legales o administrativos para reconocer una calidad migratoria determinada a un extranjero o extranjera; sin embargo, en base a las obligaciones que le genera el derecho a la igualdad y no discriminación, estos requisitos deben ser razonables y proporcionales a fin de no desnaturalizarlo³⁹.

Teniendo en cuenta que, para poder entrar legalmente al país de destino es necesario estar comprendido en alguna de las categorías migratorias establecidas por las políticas de admisión y que en base a ellas se reconocen o no ciertos derechos a los extranjeros y extranjeras; es necesario tener presente que, los Estados no pueden subordinar o condicionar la vigencia de los derechos humanos, por lo menos aquellos tan básicos como el acceso a la salud, educación y vivienda, a la consecución de los objetivos de políticas públicas, ni al hecho de que se le haya reconocido o no una categoría administrativa.

Respecto al procedimiento en sí, es necesario señalar que cualquier sistema para la determinación y cambio de la condición migratoria debe:

- establecer procesos de averiguación de datos;
- suspender medidas de expulsión;
- garantizar que el proceso cumpla plenamente con nociones de justicia procesal;
- garantizar que el proceso logre resultados simples, justos, transparentes, eficaces y ágiles;
- garantizar que las autoridades pongan atención a la correcta interpretación y correcta aplicación de los estatutos legales;
- permitir la presentación de cuestiones cruciales en la determinación de la condición de cada persona en la etapa más temprana del proceso que facilite la recolección de toda la evidencia relevante para este fin;
- facilitar la disponibilidad de uno o más niveles de revisión y apelación, y de revisión judicial de decisiones dictadas sobre la condición legal de las personas en cuestión;
- establecer la existencia de salvaguardas procesales disponibles bajo la legislación en materia de migración, disposiciones constitucionales, nacionales o regionales en materia de derechos humanos que afectan los derechos de debido proceso y derechos a permanecer en un país durante el proceso de averiguación y determinación;
- contener arreglos especiales para la revisión que incluyen cuestiones de seguridad;
- establecer mecanismos de revisión individuales comparados con discreción ejecutiva ministerial;
- definir el efecto de suspensión de una apelación sobre retiro.

Por su parte, la Organización Internacional de las Migraciones, establece algunas consideraciones procesales en torno al establecimiento de un sistema de averiguación eficiente y eficaz que incluyen⁴⁰:

- normas que eviten la introducción en el proceso de toma de decisiones de información que sea irrelevante, incorrecta, engañosa o imprecisa;
- normas que eviten que las personas en cuestión tengan que repetir innecesariamente su testimonio, especialmente durante la etapa inicial de averiguación;

³⁹ COMISION ANDINA DE JURISTAS. Loc. Cit. 55. Pp. 29.

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 35.

- normas que logren congruencia y uniformidad entre casos similares, reduzca disparidades en procesos de averiguación, proporcione al menos un nivel mínimo de certidumbre, y evite resultados diferentes dentro de sistemas nacionales, dependiendo de quien es la autoridad responsable que toma la decisión;
- el uso de un archivo único desde el inicio del caso para reducir la duplicación y pérdida de documentos. Esto mantiene congruencia y continuidad de control y supervisión administrativos de casos individuales;
- la mejora de la calidad del contacto o contactos iniciales con la persona en cuestión. Esto se logra mediante lineamientos claros respecto de cualquier interrogatorio/entrevista preliminar que pudiera realizarse;
- la asesoría a la persona en cuestión sobre su obligación de realizar reclamaciones importantes en la primera oportunidad que se le presente;
- la asesoría a la persona en cuestión sobre sus derechos de revisión y/o de apelación;
- la identificación de si existen o no consecuencias de la omisión por parte de la persona en cuestión de ofrecer información relevante y/o responder a otras peticiones dentro de los plazos prescritos. Si existen consecuencias, se debe identificar su naturaleza y las circunstancias en las cuales surgen;
- la aclaración de si la autoridad realiza o no la audiencia de averiguación o si existe una división administrativa entre la realización de la audiencia y la toma de decisiones;
- la aclaración de si la audiencia de averiguación se realiza o no de manera inquisitoria o de si las partes definen esencialmente o no las cuestiones a tratarse en la audiencia;
- la aclaración de si la disponibilidad de revisión o apelación posterior a la determinación inicial de la condición legal de la persona en cuestión implica o no la entrega de evidencia oral y/o hacer entregas orales, o si simplemente es una revisión/apelación de la documentación presentada para el caso;
- si, y en qué medida, se considera la representación legal en alguna, varias o todas las etapas de la averiguación y la presencia de intérpretes debidamente calificados según lo requieran las circunstancias de cada caso;
- si la decisión y las razones para la decisión deben hacerse por escrito y ser totales y completas.

En el Ecuador los procedimientos de determinación y cambio de la condición migratoria están regulados por la Ley de Extranjería y su reglamento. De acuerdo a la Ley de extranjería, corresponde a la Dirección General de Extranjería del Ministerio de Gobierno, Cultos, Policía y Municipalidades, la aplicación y ejecución de las normas y procedimientos relativos a extranjería, especialmente al otorgamiento de visas de inmigrantes dentro y fuera del país. Por su parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores, es el ente encargado de las visas de no inmigrantes. De acuerdo a esta norma, la decisión de conceder, negar o revocar una visa a un ciudadano extranjero, **no obstante el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, es facultad soberana y discrecional de la Función Ejecutiva**, a través de los organismos competentes.

De acuerdo a la ley, todo extranjero que solicite su admisión en el Ecuador, con excepción de los transeúntes, deberá estar provisto de una visa emitida por un funcionario del Servicio Exterior ecuatoriano que preste servicios en el lugar de domicilio del extranjero o en su falta el del lugar más cercano. Esta puede ser solicitada en base a dos calidades:

- **Inmigrante:** todo extranjero que se interna legal y condicionalmente en el país, con el propósito de radicarse y desarrollar las actividades autorizadas en cada categoría.
- **No inmigrante:** todo extranjero con domicilio en otro Estado que se interna legal y condicionalmente en el país, sin ánimo de radicarse.

Al respecto, la ley y su reglamento se detienen principalmente en enumerar los requisitos que debe tener una persona para optar por una categoría determinada, dejando algunos vacíos legales en torno a la protección y garantías de la persona que solicita se le reconozca una categoría determinada. Por ejemplo:

- Establece que la solicitud debe ser entregada en un período de anterioridad de 30 días de la fecha de vencimiento del plazo autorizado de permanencia, pero no hace referencia al plazo que tiene la autoridad para emitir su decisión. En ese caso, tampoco se establece cual es la condición en la que queda el migrante, en caso en el transcurso del proceso se venzan los documentos que garantizan su regularidad. Asimismo, tampoco establece que si ocurriera ello y esta pendiente la determinación del proceso no se puede aplicar una medida de deportación.
- Establece que en el caso que se rechazare la solicitud para el cambio de calidad o categoría migratorias el no inmigrante sólo podrá permanecer en el país durante el lapso complementario al autorizado en su admisión, pero no hace referencia a la posibilidad de iniciar una acción de revisión de la decisión.
- Asimismo, otorga amplias facultades discrecionales para la solicitud de documentos y el cumplimiento de requisitos, no estableciendo expresamente la obligación de fundamentar su decisión.

Por otro lado, es conveniente resaltar que la Ley y su reglamento hacen mención expresa de la necesidad de simplificar los procedimientos establecidos en el Reglamento a la Ley de Extranjería con el fin de obtener eficacia administrativa en los trámites de ingreso de extranjeros al país; y, la prohibición expresa a las autoridades de poder retener o retirar el pasaporte de un extranjero para trámite alguno.

Al respecto, cabe señalar que a nivel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el año 2005 se admitió un caso por la violación del derecho a las garantías judiciales del debido proceso en el trámite administrativo en el cual se revocó la visa de inmigrante del señor Gattas Sahih⁴¹ contra Ecuador.

Los procedimientos para determinar la condición migratoria de una persona, y aquellos que permiten una apelación de las decisiones dictadas por ese sistema, son elementos cruciales en la administración de flujos migratorios. De acuerdo a la Organización Internacional para las Migraciones, *“los “cinco principios” de oportunidad, eficiencia, justicia, responsabilidad y transparencia en un sistema interno del país tienen un impacto en los factores de equilibrio de movimientos de población y en el cumplimiento por parte de los Estados con sus obligaciones de tratados internacionales”*⁴².

En ese contexto, señalamos la necesidad de implementar las siguientes propuestas a fin de que este procedimiento incluya de alguna manera los criterios desarrollados por el derecho internacional:

- Las solicitudes de determinación y cambio de calidad migratoria deben ser tratadas de una manera positiva, humanitaria y rápida.
- Establecer mecanismos, perfiles migratorios y requisitos razonables y proporcionales al derecho a la igualdad y no discriminación.
- Reconocer como principios fundamentales de este tipo de procesos, el principio de celeridad y de simplicidad de manera tal que logre resultados simples, justos, transparentes, eficaces y ágiles.

⁴¹ Al respecto ver: Informe Nº 09/05. Petición 1-03. Informe de admisibilidad ELIAS GATTASS SAHIH Contra Ecuador de fecha 23 de febrero de 2005.

⁴² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Fundamentos de gestión de la migración para las personas encargadas de formular políticas y profesionales*. Volumen Tres: Gestión de la Migración. Sección 3.8. Tema I. Ginebra: OIM, 2006; Pp. 31.

- Establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.
- Establecer medios que garanticen la debida publicidad del proceso. Es decir, que exista información disponible, veraz, completa y confiable para cualquier usuario, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el camino que va a recorrer.
- Garantizar la existencia de una autoridad responsable e imparcial.
- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a las pretensiones de los solicitantes.
- Establecer que en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los solicitantes en la forma prescrita por la Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman.
- Establecer criterios sobre precedentes administrativos de tal manera que el solicitante tenga una idea bastante certera de cuál será el de resultado final que se obtendrá.
- En el caso de que el extranjero no conozca el idioma oficial, establecer la obligatoriedad de que toda comunicación o solicitud sea hecha en un idioma que entienda el individuo.
- Permitir la presentación de cuestiones cruciales en la determinación de la condición de cada persona en la etapa más temprana del proceso, y facilite la recolección de toda la evidencia relevante para este fin.
- Establecer la obligatoriedad de contar con una decisión debidamente fundada.
- Determinar un plazo máximo para que la autoridad emita su decisión.
- Establecer un adecuado mecanismo de revisión o impugnación en caso de ser negativa la decisión. Este procedimiento debe ser efectuado por una autoridad imparcial sobre el que se informe desde el inicio del proceso.
- El procedimiento debe establecer reglas claras sobre:
 - Establecimiento de procesos de averiguación de datos respetuosos de los derechos humanos;
 - Suspensión de medidas de expulsión;
 - Facilitar la disponibilidad de uno o más niveles de revisión y apelación, y de revisión judicial de decisiones dictadas sobre la condición legal de las personas en cuestión;
 - Reglas claras sobre la condición del extranjero o extranjera en caso sus documentos dejen de tener vigencia mientras el proceso no ha terminado.

Cabe precisar que estos procesos se pueden aplicar también en relación a los procedimientos de regularización de migrantes, con una expresa mención a la prohibición de discriminación en relación a la condición migratoria de los involucrados.

D.- El debido procedimiento administrativo y el otorgamiento de permisos de trabajo.

Abandonar su propio país para trabajar en el extranjero constituye una empresa que está sembrada de dificultades. En ese camino, uno de los primeros límites es efectivamente conseguir acceder al empleo, lo cual resulta ser de vital importancia para los trabajadores migrantes y sus familiares por el medio que le va a permitir la satisfacción de las necesidades económicas y sociales que lo empujaron a emigrar.

Tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos podemos encontrar una multiplicidad de instrumentos jurídicos, ya sean de carácter general o específicos, que consagran el derecho al trabajo como un derecho humano de carácter fundamental. Éstos, sumados a los Convenios emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ofrecen un conjunto de principios y reglas organizadas y coherentes para la realización efectiva del derecho humano al trabajo y fijan obligaciones para los Estados que los ratificaron.

En el caso de los y las migrantes, la obligación del Estado a las que nos referimos no se encuentra en el hecho de otorgarle un trabajo a cada ser humano, sino más bien en:

- Crear las condiciones adecuadas que posibiliten a cada uno acceder a un empleo en igualdad de oportunidades y trato, y en condiciones dignas.
- Adoptar medidas, programas, normas y técnicas dirigidas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante, y la ocupación plena y productiva que garantice el logro del pleno empleo.
- Establecer normas que tengan como propósito ordenar el desplazamiento de los trabajadores migrantes, promover el empleo y la capacitación laboral, sin afectar sus derechos a la seguridad social y bajo condiciones adecuadas de seguridad y salud en el trabajo.
- Garantizar que los migrantes cualquiera sea su condición migratoria gocen de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular.

Por lo general, los Estados gestionan su inmigración laboral a través de la determinación de una serie de categorías de trabajadores migratorios. Dependiendo de la categoría, los procedimientos pueden ser más o menos engorrosos; la duración de la estancia puede ser más o menos prolongada; y, las condiciones de estancia pueden ser más o menos generosas. A su vez, el reconocimiento de la categoría laboral viene aparejado con la obtención de una autorización para trabajar, esta puede otorgarse para una duración breve con la posibilidad de renovación, para períodos más largos con la posibilidad de renovación o para asentamiento permanente.

Asimismo, algunos Estados condicionan el permiso de trabajo a la obtención de un empleo específico con un empleador específico, e incluso con restricciones geográficas específicas (derecho a vivir y trabajar sólo en una determinada área)⁴³. Por otro lado, algunos Estados plantean la obligación de salir cada cierto tiempo, ya que le caduca el Visado de Entrada o, en caso haber sido rechazada su solicitud, la obligación de esperar un tiempo para poder presentar una nueva solicitud.

La obligatoriedad (impuesta a los trabajadores extranjeros) de obtener el llamado carné laboral o autorización laboral es recurrente en la legislación migratoria. Si bien “resulta necesario por estar vinculada a un régimen de legalidad y por constituir muchas veces un vehículo para exigir el respeto y cumplimiento de los derechos laborales del trabajador extranjero, debe ser un elemento que brinde seguridad jurídica al trabajador y que no le genere una dificultad mayor como en el caso del Perú, donde dichas autorizaciones requieren ser constantemente renovadas debido a su corto plazo de vigencia. Asimismo, tampoco deben significar el establecimiento de diferencias entre la población emigrante, como en el caso de Bolivia, donde científicos, profesionales, técnicos y otras personas invitadas por el Estado a través de convenios o tratados internacionales no tienen obligación alguna de portar dicha autorización”⁴⁴.

Por otro lado, otra particularidad vinculada al tema de la autorización laboral es que, para su otorgamiento, se hace obligatorio contar con un contrato de trabajo. De acuerdo a lo señalado por el OCIM “[...] tal contrato les significa a los y las inmigrantes una necesidad para conseguir y mantener documentación que les permita estar en el país, sin los riesgos y vulnerabilidades extremas de la irregularidad, convirtiéndose de hecho en una objetiva coerción extra económica que distorsiona la

⁴³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. Loc. Cit. 68. Sección 2.6.

⁴⁴ COMISION ANDINA DE JURISTAS. Loc Cit. 55. Pp. 57.

supuesta perfección del mercado y constituye una objetiva vulnerabilidad para reclamar derechos ante los empleadores”⁴⁵.

En el caso ecuatoriano, el Informe Sombra señala que “de acuerdo al Ministerio de Trabajo, entre el 2004 y 2006 se habrían emitido 3.189 autorizaciones de trabajo a personas extranjeras, de las cuales 1.654 (51.9%) corresponden a trabajadores colombianos, 260 (8,2%) a peruanos, 232 (7.2%) a brasileños, 209 (6.5%) a argentinos, 96 (3%) a españoles, 89 (2,8) chilenos, y con un porcentaje de un 1,5 % a venezolanos, cubanos, estadounidenses e italianas. **Si se compara con el saldo migratorio general, este tipo de migración, representaría apenas el 0,27%**”⁴⁶ (subrayado y resaltado propio).

Por su parte, la autorización de trabajo es un requerimiento legal otorgado por los ministerios de Trabajo y de Relaciones Exteriores que permite que un extranjero labore en el país. Según el artículo 560 del Código de Trabajo, todo ciudadano que ingrese a Ecuador y adquiera una relación de dependencia laboral necesitará obtenerlo. Éstas, se emiten como un requisito para la obtención de la visa de trabajo, tienen un costo de USD 60,00, generalmente se otorgan por un año, pudiendo llegar a dos, debiendo renovarse. Esta autorización da derecho a que una vez otorgada la visa se les entregue el carné laboral.

Los requisitos y la tramitación de los distintos permisos de trabajo dependerá del tipo de labora que se quiera realizar. Así, la ley laboral establece una serie de requisitos para trabajadores extranjeros en general y, para labores específicas como: extranjeros que participan en obras de interés nacional, extranjeros contratados por organismos internacionales para participar en obras de interés nacional, deportistas extranjeros, artistas extranjeros, etc.

Sobre el procedimiento general para trabajadores extranjeros, se pueden identificar los siguientes pasos:

1. Presentación de los requisitos conforme a los formularios previamente establecidos ante el analista responsable de la verificación.
2. Cumplidos los requisitos se pasa al Coordinador del área para previa la constatación de la presentación de los requisitos, inserte la sumilla, para la elaboración de la aprobación de actividad laboral y carne ocupacional.
3. El Coordinador pasa al funcionario encargado de ingresar la información en la base de datos y elaborar la aprobación laboral, una vez elaborada la autorización se envía a la Directora de Empleo y Recursos Humanos, para que previa la constatación de la documentación suscriba la Autorización Laboral.
4. La persona usuaria con la Autorización Laboral, tiene que dirigirse a la Dirección de Asuntos Migratorios del Ministerio de Relaciones Exteriores, para la obtención de la visa correspondiente.
5. La persona usuaria una vez que ha obtenido la visa correspondiente, se acerca donde el funcionario responsable de la elaboración de los documentos de la Unidad de Migraciones Laborales, para que emita el carne ocupacional.

Se estima que, una vez cumplido con todos los requisitos de ley el procedimiento dure aproximadamente siete días laborables. Sin embargo, no hay un plazo establecido por ley, por lo que la tramitación de los distintos Permisos y Visados puede en la práctica prolongarse en el tiempo, resultando el proceso largo e incierto, ya que en ningún momento está garantizada la obtención de dichos Permisos y Visados. Asimismo, se duda de la necesidad de que para solicitar la autorización y el carné laboral deba acudir a tantas instancias como las indicadas, siendo que el proceso debe tender a

⁴⁵ OBSERVATORIO CONTROL INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS DE LOS Y LAS MIGRANTES. Informe Interamericano de Migraciones. Santiago de Chile: OCIM, 2006; Pp. 102.

⁴⁶ COALICIÓN PARA EL SEGUIMIENTO Y DIFUSIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIAS. Loc. Cit.22. Pp. 78.

una simplicidad y a optimizar el proceso en la perspectiva de que lo realmente importante es lograr la efectiva vigencia del derecho laboral del o la migrante.

Entre otros problemas identificados podemos indicar:

- i) el otorgamiento o rechazo del mismo depende de los criterios del Ministerio de Trabajo y del Ministerio de Relaciones Exteriores, no hay una norma clara al respecto;
- ii) no está establecido la posibilidad de impugnar esta decisión;
- iii) en caso de demora no se prevé la posibilidad de que el solicitante tenga acceso a algún tipo de información.

Siendo este el escenario, hacemos las siguientes recomendaciones al Estado:

- Establecer normas que tengan como propósito ordenar el desplazamiento de los trabajadores migrantes, promover el empleo y la capacitación laboral, sin afectar sus derechos a la seguridad social y bajo condiciones adecuadas de seguridad y salud en el trabajo.
- Las solicitudes de autorizaciones laborales deben ser tratadas de una manera positiva, humanitaria y rápida.
- Establecer requisitos razonables y proporcionales que garanticen el derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral.
- Reconocer como principios fundamentales de este tipo de procesos, el principio de celeridad y de simplicidad de manera tal que logre resultados simples, justos, transparentes, eficaces y ágiles.
- Establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.
- Establecer medios que garanticen la debida publicidad del proceso. Es decir, que exista información disponible, veraz, completa y confiable para cualquier usuario, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el camino que va a recorrer.
- Establecer procedimientos lo menos engorrosos posibles, con un período de estancia razonablemente prolongado y reconociendo la mayoría de derechos posibles para todas las categorías laborales. Se insta a generar procesos simples que no impliquen la obligación al migrante de salir cada cierto tiempo del territorio del país.
- Garantizar la existencia de una autoridad responsable e imparcial.
- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a las pretensiones de los solicitantes.
- Establecer que en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los solicitantes en la forma prescrita por la Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman.
- Establecer criterios sobre precedentes administrativos de tal manera que el solicitante tenga una idea bastante certera de cuál será el de resultado final que se obtendrá.
- En el caso de que el extranjero no conozca el idioma oficial, establecer la obligatoriedad de que toda comunicación o solicitud sea hecha en un idioma que entienda el individuo.
- Establecer la obligatoriedad de contar con una decisión debidamente fundada.
- Determinar un plazo máximo para que la autoridad emita su decisión.
- Establecer un adecuado mecanismo de revisión o impugnación en caso de ser negativa la decisión. Este procedimiento debe ser efectuado por una autoridad imparcial sobre el que se informe desde el inicio del proceso.
- En caso de que la estancia regular este vinculada a la obtención de un empleo específico con un empleador específico, establecer un período de gracia que permita al migrante la obtención de un nuevo trabajo.

- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los extranjeros y extranjeras para acceder a la información sobre el trámite de sus procesos.

E.- El debido procedimiento administrativo y el proceso de naturalización.

El proceso de naturalización en Ecuador esta regido por la Ley de naturalización y su reglamento. De acuerdo a esta ley, la naturalización es un acto soberano y **discrecional** de la Función Ejecutiva. Por medio de la naturalización los extranjeros obtienen la nacionalidad ecuatoriana para el goce de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los nacionales de origen, con las únicas excepciones que determinan la Constitución y leyes de la República.

La Nacionalidad se solicita mediante Carta de Naturalización presentada directamente al Ministro de Relaciones Exteriores o por intermedio del Gobernador de la Provincia, quien la remitirá al Ministro de Relaciones Exteriores con las informaciones que juzgare conveniente dar. La Carta de Naturalización será concedida al extranjero que habiendo cumplido la edad de 18 años, resida ininterrumpidamente en la República por más de tres años, desde la fecha de expedición de la Cédula de Identidad ecuatoriana, y manifieste su voluntad de renunciar a su nacionalidad de origen o a cualquiera otra nacionalidad que haya adquirido

De acuerdo a la ley y su reglamento, para solicitar la Carta de Naturalización, entre otros requisitos se requiere: i) Haber residido ininterrumpidamente en el país durante tres años, por lo menos, a partir de la fecha de expedición de la Cédula de Identidad ecuatoriana; 2) Hablar y escribir el idioma castellano; 3) Tener conocimientos generales de Historia y Geografía del Ecuador; así como de la Constitución Política de la República, vigente a la fecha de presentación de la solicitud de naturalización. Al respecto, llama la atención las dos últimas obligaciones, pues consideramos que no es una exigencia razonable en el marco de que lo que insta a una persona a pedir la naturalización por lo general es el fuerte apego que puede sentir a una tierra determinada, por lo que estas exigencias pueden resultar límites innecesarios al deseo de pertenecer a un país determinado.

Asimismo, preocupa sobre manera la prohibición expresa de conceder Carta de Naturalización: i) a quien haya merecido sentencia condenatoria en juicio penal por delito común o haya recibido auto motivado o de llamamiento a juicio plenario y el juicio respectivo no haya terminado definitivamente con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento definitivo; y, ii) a quien sufra enfermedad crónica o contagiosa. El establecimiento de estas prohibiciones, constituyen afrentas contra el principio de igualdad y no discriminación; y, en el caso de los que hayan sido sentenciados, vulnera el principio de finalidad de la pena, constituyendo un doble castigo.

Por otro lado, el reglamento enumera una serie de documentos que la autoridad puede requerir a fin de reconocer la naturalización; sin embargo, deja un vacío en caso la autoridad requiera de otros documentos. Respecto al procedimiento en sí, establece un plazo de treinta días para decidir y la obligación de contar con el patrocinio de un abogado. Asimismo, deja un vacío en relación a la posibilidad de iniciar un procedimiento de revisión en caso la solicitud sea negada. Por lo demás, establecen muy pocas garantías con respecto a los procedimientos a aplicar.

Sobre las garantías que deberían reconocerse en este procedimiento podemos señalar los siguientes:

- establecer procesos de averiguación de datos respetuosos de los derechos humanos del individuo;
- Eliminar aquellos requisitos que no son razonables en relación a la solicitud de la carta de naturalización. Asimismo, eliminar aquellas prohibiciones atentatorias contra los derechos fundamentales que actualmente se encuentran vigentes en su legislación.
- Las solicitudes de naturalización deben ser tratadas de una manera positiva, humanitaria y rápida.

- Reconocer como principios fundamentales de este tipo de procesos, el principio de celeridad y de simplicidad de manera tal que logre resultados simples, justos, transparentes, eficaces y ágiles.
- Establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.
- Establecer medios que garanticen la debida publicidad del proceso. Es decir, que exista información disponible, veraz, completa y confiable para cualquier usuario, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el camino que va a recorrer.
- Garantizar la existencia de una autoridad responsable e imparcial.
- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los extranjeros y extranjeras para acceder a la información sobre el trámite de sus procesos.
- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a las pretensiones de los solicitantes.
- Establecer que en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los solicitantes en la forma prescrita por la Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman.
- Establecer criterios sobre precedentes administrativos de tal manera que el solicitante tenga una idea bastante certera de cuál será el de resultado final que se obtendrá.
- Establecer un adecuado mecanismo de revisión o impugnación en caso de ser negativa la decisión. Este procedimiento debe ser efectuado por una autoridad imparcial sobre el que se informe desde el inicio del proceso.

4.1.3 Recomendaciones finales.

Como conclusión general de la propuesta se observa la necesidad de, en primer término, reconocer específicamente que el derecho al debido proceso administrativo debe aplicarse en la totalidad de procedimientos referidos a la gestión migratoria. Esto determina una segunda necesidad que es la de elaborar el marco legal e institucional que permita viabilizar este derecho y hacer operativos y exigibles cada uno de los estándares aquí descritos.

Al respecto, se insta al Estado a generar estrategias en base a tres componentes:

- **La promoción y prevención:** En este componente están comprendidas todas las estrategias de difusión, generación de información y programas de sensibilización y promover la publicación de información por parte de las unidades encargadas de resolver los procedimientos antes indicados.
- **La capacitación y fortalecimiento institucional:** En este componente se prevé el establecimiento de normas que reconozcan y desarrollen este derecho específicamente para el caso de las personas en movilidad; el establecimiento de planes y programas al respecto; la generación de competencias dentro de las diferentes instancias estatales; homogeneizar principios de la función administrativa; establecer responsabilidades en cada una de las instituciones del Estado.
- **La exigibilidad y justiciabilidad:** establecer estructuras y mecanismos apropiados para la exigibilidad de este derecho; establecer una unidad que reciba las quejas de los migrantes; crear una unidad encargada de la supervisión de las acciones del Estado con competencias específica en relación al cumplimiento de este derecho; crear unidades que provean de defensa legal a los migrantes en cada una de las instituciones.

Finalmente, se recomienda desarrollar un sistema de indicadores que permita medir el grado de cumplimiento de este derecho. Se propone como modelo, el desarrollado por la Comisión Andina de

Juristas⁴⁷. En este sentido, aplicaremos el modelo propuesto por la CAJ al derecho del debido procedimiento administrativo en la gestión migratoria, de esta manera se pretende generar indicadores sobre:

- **Los indicadores estructurales:** que buscan medir qué medidas dispone el Estado para implementar este derecho. En otros términos, relevan información para evaluar cómo se organiza el aparato institucional y el sistema legal del Estado para cumplir las obligaciones que supone el derecho al debido proceso. Si existen o se han adoptado medidas, normas jurídicas, estrategias, planes, programas o políticas, o se han creado agencias públicas, destinadas a implementar esos derechos.
- **Los indicadores de proceso** buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar el derecho al debido proceso administrativo, a través de la medición del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, planes, programas, o políticas u otras actividades e intervenciones específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización del derecho al debido proceso. Estos indicadores ayudan a vigilar directamente la aplicación de las políticas públicas en términos de la realización progresiva de derechos.
- **Los indicadores de resultado** buscan medir el impacto real de las estrategias, programas, intervenciones del Estado. En cierta manera constituyen un indicio de cómo impactan esas acciones públicas sobre aquellos aspectos que definen el grado de efectividad de un derecho del Protocolo. Así, proveen una medida cuantitativamente comprobable y comparable de la actividad del Estado en materia de realización progresiva de los derechos.

Más allá de los aportes concretos identificados en la presente propuesta, es claro que de manera general en materia migratoria es primordial definir los alcances constitucionales de los nuevos parámetros reconocidos por la Constitución Política de la Republica de Ecuador, por ejemplo, el derecho a migrar, así como las implicaciones que tiene el hecho de que “no se considere a ningún ser humano como ilegal”. Asimismo, para abordar el tema de la movilidad humana desde una perspectiva integral es necesario el desarrollo de un conjunto de estrategias que vayan más allá de la construcción de nueva legislación, pues se hace necesario cambiar los imaginarios y prácticas sociales sobre el tema. En ese marco, nuestros esfuerzos deben estar acompañados del desarrollo de iniciativas que apunten a desmontar lógicas, leyes, instituciones, políticas selectivas y securitistas, y prácticas que vulneran los derechos humanos de las personas en situación de movilidad.

⁴⁷ Ver: COMISION ANDINA DE JURISTAS. Indicadores de progreso: grupos en situación de especial protección en la región andina. Protección y garantía de los derechos humanos a través de políticas públicas. Francisco Cevallos y otros. - Lima: Comisión Andina de Juristas, 2008; 150p.

BIBLIOGRAFIA

Libros

- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Expulsions of aliens in international human rights law*. Documentos de discusión. Ginebra: OHCHR, 2006; 19p.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Evaluación de las necesidades globales; realidades de los refugiados*. Informe piloto. Octubre de 2008. Ginebra: ACNUR, 2008. 59 p.
- AGUILAR, Juan Pablo. *Dispersión de la legislación administrativa causa inseguridad jurídica*. Revista Judicial DLH. Quito. Formato electrónico en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2382&Itemid=426
- AMNISTIA INTERNACIONAL. *Vivir en las sombras: Una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes*. Septiembre de 2006. Formato Virtual en: www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/Vivir_en_las_sombras.pdf.
- BENAVIDES, Gina. *Procesos de deportación en Ecuador*. En: Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar. *Derechos humanos, democracia y emancipación*. Ponencias de la Conferencia Latinoamericana Quito, 21 a 23 de mayo de 2008. Versión electrónica en: http://www.uasb.edu.ec/padh_contenido.php?pagpath=1&swpath=infb&cd_centro=5&ug=ig&cd=2023
- CAMACHO, Gloria y Katty HERNANDEZ. *Niñez y migración en el Ecuador. Diagnostico de situación*. Quito: CEPLAES, 2008; 49p.
- CENTRO DE DOCUMENTACIÓN EN DERECHOS HUMANOS SEGUNDO MONTES MOZO. *Derechos humanos de los extranjeros, inmigrantes y refugiados: detenciones arbitrarias y deportaciones*. Quito; CDDHSM. Documento en versión electrónica en: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Humanos.99.htm>.
- COALICIÓN PARA EL SEGUIMIENTO Y DIFUSIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIAS. *Informe sombra al I Informe del Estado ecuatoriano sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias*. Quito: Coalición, 2008; 174 p.
- COMISION ANDINA DE JURISTAS. *Informe Lineamientos para Políticas Publicas con enfoque de Derechos Humanos*. Documento interno de trabajo. Lima: CAJ, 2008.
- --. *Indicadores de progreso: grupos en situación de especial protección en la región andina. Protección y garantía de los derechos humanos a través de políticas públicas*. Francisco Cevallos y otros. - Lima: CAJ, 2008; 150 p.
- - . *Grupos en situación de especial protección en la región andina: migrantes*. Luis Enrique Aguilar Cardoso; Mariana Mendiola Hidalgo. Lima: CAJ, 2008; 112 p.
- - . *El fenómeno migratorio*. Documento interno de trabajo elaborado para el VII Curso Regional Andino de Derechos Humanos para Profesores de Derecho, Profesionales de Organizaciones No Gubernamentales y Abogados Defensores de Derechos Humanos “Los Derechos Humanos de los y las migrantes de la Región Andina”. Setiembre – Noviembre de 2007. Lima; CAJ, 2007. 18 p.
- COMISIÓN DE DISCUSIÓN DEL PROYECTO DE LEY INTEGRAL DE MOVILIDAD HUMANA. *Proceso para la elaboración e implementación del proyecto de Ley integral de movilidad humana*. Documento técnico de propuesta. Quito, 07 de octubre de 2008; 20 p.
- CONSEJO ANDINO DE DEFENSORES DEL PUEBLO. *Hoja Informativa del CADP*. Año 2, número 1, enero de 2009. Lima: CAJ, 2009.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO DEL ECUADOR. *Requerimiento de pasado judicial a colombianos vulnera derechos humanos y constitucionales*. Informe elaborado por la Comisión nacional para la protección de la movilidad humana. Quito: febrero 2008.
- JOKISH, Brad. *Ecuador: Diversidad en Migración*. En el boletín Migration Information Source del Migration policy Institute. Versión electrónica en: <http://www.migrationinformation.org/Profiles/display.cfm?id=591>. Marzo de 2007.
- FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES. *Ecuador: Las cifras de la migración internacional*. Quito: FLACSO, 2006; 75p.
- MARMORA, Lelio. *Las políticas de migraciones internacionales*. Primera edición. Buenos Aires: Paídos, 2002; 443 p.

- MESA DE TRABAJO SOBRE MIGRACIONES LABORALES. *Entre Tierras*. Boletín sobre Políticas Migratorias y Derechos Humanos. Diciembre de 2009. Quito: MTML, 2009; 8p.
- OBSERVATORIO COLOMBO ECUATORIANO DE MIGRACIONES. Revista Diálogos Migrantes. Número 1, 2008. Bogota: OCEMI, 2008; 80 p.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Glosario sobre migración*. Serie Derecho internacional sobre Migraciones N° 7. Ginebra: OIM, 2006; 87 p.
- - . *Fundamentos de gestión de la migración para las personas encargadas de formular políticas y profesionales*. Volumen I: Fundamentos de Gestión de la Migración. Ginebra; OIM, 2006.
- - . *Fundamentos de gestión de la migración para las personas encargadas de formular políticas y profesionales*. Volumen II: Desarrollo de Políticas sobre Migración. Ginebra; OIM, 2006.
- - . *Fundamentos de gestión de la migración para las personas encargadas de formular políticas y profesionales*. Volumen III: Gestión de la Migración. Ginebra; OIM, 2006.
- - . *La Iniciativa de Berna: Agenda Internacional para la gestión de la migración*. Publicación trilingüe. Berna: OIM, 2005; 227p.
- - . *Definición de las prioridades migratorias en un mundo interdependiente*. Serie Cuestiones de Políticas Migratorias. N° 1. Ginebra: OIM, marzo de 2003; 6 p.
- PLATAFORMA INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DEMOCRACIA Y DESARROLLO. *Migraciones y Derechos Humanos. Primer Informe para la Consulta permanente sobre migraciones y derechos humanos en América Latina y el Caribe*. Bogota: PIDHDD, 2008; 163 p.
- SECRETARIA NACIONAL DEL MIGRANTE y COALICIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA MIGRACIÓN Y EL REFUGIO. *La emigración, extranjería y refugio: propuesta de cambio constitucional*. QUITO: Febrero 2008. Formato electrónico en: www.infomigrante.org/infoecuador/propuesta_constituyente.pdf.
- SECRETARIA NACIONAL DEL MIGRANTE. Boletín de resultados 2008. Quito: SENAMI, 2009; 4p.
- - . *La Secretaría Nacional del Migrante y la Política Migratoria Integral de Ecuador*. Folleto informativo. Quito: SENAMI, 2008.
- VALENCIA VILLA, Hernando. *Derechos Humanos*. Diccionario Espasa, editorial Espasa. Madrid: Colpa S.A., 2000.

Normas y Documentos Internacionales

- Convención Internacional sobre los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y sus familias; Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.
- COMITÉ DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS. Documento CMW/C/ECU/CO/1 del 5 de diciembre de 2007.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Sobre Trabajadoras Migrantes. Recomendación General N° 26. Noviembre de 2008.
- CORTE IDH. Caso Baena Ricardo y otros. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, N° 72.
- CORTE IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18
- COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Documento OEA/Ser./L/V/II.111 del 16 abril de 2001.
- - . Informe N° 09/05. Petición 1-03. Informe de admisibilidad ELIAS GATTASS SAHIIH contra Ecuador de fecha 23 de febrero de 2005.
- - . *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4 del 7 de septiembre de 2007.
- RELATORIA PARA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS DE LA CIDH. Segundo informe de Progreso. En: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. OEA/Ser./L/V/II.111 del 16 de abril de 2001.

LEGISLACION Y NORMAS NACIONALES

Ecuador:

- Ley N° 2004-023 del 4 de noviembre de 2004, Ley de Extranjería.
- Ley N° 1897 del 27 de diciembre de 1971, Ley de Extranjería. (Incluye reforma Ley 2001-46 del 23 de julio de 2001)
- Decreto N° 1991 del 30 de junio de 1986, Reglamento de la Ley de Extranjería. (Incluye reformas DE-4045. RO-S 1002 del 2 de agosto de 1996)
- Ley N° 1.899 del 27 de diciembre de 1971, Ley de Migración. (Incluye reforma Ley 2-PCL. RO 6 del 18 de agosto de 1998)
- Decreto N° 1900 del 27 de diciembre de 1971, Reglamento de la Ley de Migración. (Incluye reformas DE-1642. RO 370 del 28 de julio de 1998)
- Ley N° 276 de Naturalización del 2 de abril de 1976
- Decreto N° 277 Reglamento de la ley de Naturalización del 2 de abril de 1976
- Estatuto del régimen jurídico administrativo de la función ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428 del 18 de Marzo de 2002. Registro Oficial 536.
- Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ley 35. Publicado en el Registro Oficial 338 de fecha 18 de Marzo de 1968.
- Ley de Régimen Administrativo. Codificación 5 publicada en el Registro Oficial Suplemento 1202 de fecha 20 de Agosto de 1960.
- Ley de Modernización del Estado. Ley 50. Publicada en el Registro Oficial 349 de fecha 31 de Diciembre de 1993.
- Reglamento general de la Ley de Modernización del Estado. Decreto Ejecutivo 2328 publicada en el Registro Oficial Suplemento 581 de fecha 2 de Diciembre de 1994.
- Plan Nacional de Derechos Humanos del Ecuador.
- Plan de Nacional de Desarrollo Humano para las migraciones 2007 - 2010
- Plan Nacional de Política Exterior 2006 - 2020
- Plan Nacional de Acción para combatir la trata de personas
- Plan operativo de derechos de los migrantes, extranjeros, refugiados, desplazados y apatridas. 1999-2003/2006.

Otros:

- Ley 274444: Ley del Procedimiento Administrativo General de fecha 21 de marzo de 2001 (Perú).
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-540-97 de fecha 23 de octubre de 1997.

PAGINAS WEB

- www.corteidh.or.cr
- www.cidh.org
- www.acnur.org
- www2.ohchr.org/spanish/bodies/cmw.htm
- <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/disc-papers.htm>
- www.cajpe.org.pe/gruposvulnerables/migrantes_sisinter_prin.htm
- www.senami.gov.ec
- www.mmrree.gov.ec
- www.mingobierno.gov.ec
- www.mintrab.gov.ec
- www.comunidadandina.org
- www.uasb.edu.ec/padh.php

ANEXO I: DEFINICIONES OPERATIVAS

Para la siguiente propuesta la CAJ entenderá por⁴⁸:

Categoría Migratoria

Las categorías migratorias son construcciones administrativas, que permiten a los Estados ordenar su inmigración. En tal sentido, estas construcciones determinan una serie de derechos y obligaciones para el inmigrante y para sí mismos en función de actividades o del tiempo de permanencia. Ejemplo, trabajador temporal, empresario, estudiante, migrante temporal, migrante permanente; entre otros.

Condición Migratoria

Al respecto el Derecho Internacional no ha establecido una regla clara por tratarse de un aspecto regulado por el derecho interno de cada Estado. Pese a esto se puede señalar que se trata de una condición administrativa que define la condición legal de una persona respecto de un Estado del que no se es nacional o ciudadano, condición que proviene de un accidente genético, geográfico o histórico, y que en tal virtud, no puede constituir motivo de discriminación o persecución para ninguna persona.

Según la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, los migrantes según su condición administrativa⁴⁹:

- a) *“Serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte*
- b) *Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en párrafo anterior de este artículo”.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos refiriéndose a esta clasificación, principalmente a la condición de migrante irregular, ha reconocido que *“...debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo, los trabajadores migratorios y sus familiares, se encuentran con frecuencia en una situación de vulnerabilidad”*, situación que se agrava teniendo en cuenta que *“hoy en día los derechos de los trabajadores migrantes no han sido debidamente reconocidos en todas partes”*⁵⁰.

Categoría Administrativa

La migración internacional está regulada a través de una serie de construcción administrativa derivadas de conceptos políticos y culturales que definen la condición legal de

⁴⁸ La definiciones aquí utilizadas corresponden se han desarrollado, principalmente, a partir de las referidas en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; y, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Glosario sobre migración*. Serie Derecho Internacional sobre Migraciones N° 7. Ginebra: OIM, 2006; 87p.

⁴⁹ Convención Internacional sobre los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y sus familias; Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

⁵⁰ CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párrafos. 111, 112, 131 y 132

una persona respecto de un Estado del que no se es nacional o ciudadano⁵¹. En este sentido, al hablar de migración no nos referimos a categorías naturales del ser humano sino más bien a una suerte de decisión del destino pues nadie puede escoger el lugar donde nacer.

Debido proceso Procedimiento legal llevado a cabo conforme a las normas y principios generalmente aceptados y estipulados para la protección y aplicación de los derechos privados, ya sea en una instancia jurisdiccional u oficina administrativa encargada de decidir el caso.

Gestión migratoria Término que se utiliza para designar las diversas funciones gubernamentales relacionadas con la cuestión migratoria y el sistema nacional (instituciones, normas, programas, etc.) que se encarga, de encauzar la salida; el viaje, el retorno y la reinserción del nacional; y, el ingreso, la permanencia y el retorno de extranjeros dentro de los límites de un Estado.

La migración es un proceso que se inicia con el ímpetu por emigrar, luego comprende las diversas etapas de viaje y el ingreso (ya sea por medios regulares o irregulares y de manera facilitada o espontánea), el asentamiento y el retorno, la integración y la reintegración, y por último, en algunos casos la adquisición de la nacionalidad⁵². Durante todo este proceso y en cada una de estas etapas existen instituciones que coordinan y ejecutan procedimientos administrativos en los que están en juego los derechos de las y los migrantes.

Emigración Acto de salir de un Estado con el propósito de asentarse en otro. Las normas internacionales de derechos humanos establecen el derecho de toda persona de salir de cualquier país, incluido el suyo. Sólo en determinadas circunstancias, el Estado puede imponer restricciones a este derecho. Las prohibiciones de salida del país reposan, por lo general, en mandatos judiciales.

Inmigración Proceso por el cual personas no nacionales ingresan a un país con el fin de establecerse en él. Si bien es cierto, se reconoce que en base al criterio de soberanía los Estados pueden determinar quien entra a su Estado y la manera en que debe hacerlo, esta facultad encuentra sus límites en el respeto y vigencia de los derechos humanos.

Integralidad La integralidad está referida a la gestión de todas las etapas y aspectos vinculados a la movilidad humana, desde la partida hasta el retorno y, en especial, a todas las categorías personales involucradas en estos procedimientos.

Migración Internacional

Desde una visión general podría definirse a las Migraciones Internacionales como el desplazamiento o movimiento de personas, sea cual fuere su tamaño y composición, desde un lugar de origen a un lugar de destino o llegada. Este se realiza de manera voluntaria con la intención de traslado de residencia de los individuos e implica atravesar los límites de una división geográfica.

Migrante A nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término “migrante.” Este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. Así, este término se aplica a las

⁵¹ VALENCIA VILLA, Hernando. *Derechos Humanos*. Diccionario Espasa, editorial Espasa. Madrid: Colpa S.A., 2000; Pp. 76.

⁵² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Definición de las prioridades migratorias en un mundo interdependiente*. Serie Cuestiones de Políticas Migratorias. N° 1. Ginebra: OIM, marzo de 2003; Pp.2.

personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas y las de sus familias.

Movilidad Humana

Desplazamiento de población desde un territorio hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes internos, etc. Éste se realiza en ejercicio de derechos fundamentales como el de libre circulación, libertad para elegir residencia en el territorio de un Estado y el derecho de salir de cualquier país y regresar a su país de origen.

Política Migratoria:

Supone un conjunto de medidas y acciones implementadas por los Estados respecto a la migración, en todos y cada uno de sus diferentes aspectos, que guardan coherencia entre sí, y que son guiadas por una intencionalidad y una direccionalidad común. Es preciso indicar que la política migratoria debe estar encaminada a lograr que los procesos de migración internacional se desarrollen en un esquema de libertad y seguridad; y, que éstos, busquen el beneficio tanto de las sociedades de origen y recepción, como (y principalmente) de la propia persona migrante. Esto solo se logrará si fundamentamos las mismas en conceptos desarrollados en base a los derechos humanos y la democracia; y, que tengan en cuenta el enfoque de género, generacional e intercultural.

Principio de Buena fe en la gestión Migratoria

Basar nuestras visiones respecto a la migración internacional en la creencia de que el y la migrante se desplazan con la única intención de buscar su bienestar y el de su familia; y en ese contexto, contribuir con el desarrollo de los Estados de origen y recepción.

Procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados⁵³.

⁵³ Artículo 29 de la Ley 27444: Ley del procedimiento administrativo general del Perú de fecha 21 de marzo de 2001.

ANEXO II: AGRADECIMIENTOS

Finalmente, es preciso señalar que para la redacción de la propuesta, además del recojo de información bibliográfica y virtual, se hicieron consultas y entrevistas a las siguientes autoridades y profesionales vinculados al tema⁵⁴:

1. **Patricio Benalcazar.** Comisionado para la movilidad humana de la Defensoría del Pueblo de Ecuador.
2. **Pablo de la Vega.** Secretario técnico de la Mesa de trabajo sobre Migraciones Laborales del Ecuador - MTML.
3. **Pablo Romero.** Experto - Universidad Andina Simón Bolívar.
4. **Xavier Muñoz Aray.** Consulado General del Ecuador en Lima.
5. **Isabel Cruz.** Oficial de programas de la Organización Internacional para las Migraciones – sede Ecuador.
6. **Hermana Julia Serrano Fernández.** Presidenta de la Fundación Desarrollo Solidario.
7. **Patricia Pazmiño.** Directora de la Fundación Esperanza de Ecuador.
8. **Gloria Camacho.** Centro de Planificación y Estudios Sociales – SÉPALES.
9. **Lorena Sánchez de la Vega.** Dirección Gral. Derechos Humanos y Asuntos Sociales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración de Ecuador.
10. **María Soledad Jarrín.** Coordinadora de la Fundación Alternativa.
11. **Paola Mera.** Consejo Nacional de las Mujeres. CONAMU.
12. **Ximena Abarca Durand.** Consejo Nacional de las Mujeres. CONAMU.
13. **María Laura Delgado Vitteri.** Correos del Ecuador.

A todos ellos, un especial agradecimiento por la información y datos relevantes aportados.

⁵⁴ Además de las personas e instituciones mencionadas se busco tener contacto con funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores; del Ministerio de Justicia y de la Secretaria Nacional del Migrantes; Sin embargo, este contacto no se logró concretizar.



**ANEXO III:
CUADRO SOBRE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y GESTION MIGRATORIA**

Etapas del Proceso Migratorio	Procedimientos administrativos		Instituciones Públicas
Antes del Viaje	En relación al emigrante	<ul style="list-style-type: none"> • Solicitud de pasaportes. • Tramites en aduanas. • Visación de títulos para su uso en el extranjero. • Procedimientos de colocación laboral. • Gestiones en torno a la certificación de vacunación. 	Ministerio de Relaciones Exteriores / Ministerio del Interior / Ministerio de Educación y entidades educativas / Ministerio de Salud/ Ministerio de Trabajo /Ministerio de economía /Entidades de tributación.
	En relación al inmigrante	<ul style="list-style-type: none"> • Otorgamiento de visas y reconocimiento de calidades migratorias. • Procedimientos de contratación laboral. 	Ministerio de Relaciones Exteriores / Ministerio del Interior / Autoridades de extranjería y migración/ Policía nacional/ Ministerio de Trabajo.
Durante el Viaje	En relación al emigrante	<ul style="list-style-type: none"> • Procesos de certificación de validez de 	Ministerio de Relaciones Exteriores / Ministerio del

	En relación al inmigrante	<ul style="list-style-type: none"> • documentos. • Procesos de atención, recepción e inspección en fronteras. • Procedimientos de atención de pasajeros en tránsito que no pueden ser admitidos. • Adquisición de un documento de viaje de reemplazo. 	Interior / Autoridades de extranjería y migración/ Policía de fronteras.
En el país de recepción	En relación al emigrante	<ul style="list-style-type: none"> • Atención consular migratoria. • Atención consular en aspectos civiles y notariales. • Gestión de documentos necesarios para realizar alguna actividad en el país receptor (partidas de nacimiento, de matrimonio de defunción; entre otros). • Procedimientos en torno a elecciones (empadronamiento, etc). • Procedimientos bancarios en torno a la recepción de remesas. • Procedimientos en torno al uso productivo de remesas en el país de origen (adquisición de inmuebles). • Pérdida de la ciudadanía. • Doble nacionalidad. • Procedimientos de tributación. • Procedimiento en torno a los servicios que se prestan para los emigrados (bonos de vivienda, acceso a fondos y créditos, etc). 	Ministerio de Relaciones Exteriores / Ministerio del Interior /Ministerio de economía /Entidades de tributación / Instancias de coordinación migratoria/ Entidades bancarias.

	En relación al inmigrante	<ul style="list-style-type: none"> • Exclusión y Deportación • Cambio del estatuto migratorio. • Otorgamiento y renovación de permisos de trabajo. • Otorgamiento y renovación de permisos de residencia. • Reconocimiento de ciudadanía y procedimientos de naturalización. • Convalidación de estudios académicos. • Procesos de Reagrupación familiar. • Procesos de regularización de la condición migratoria. • Procedimientos en el marco de los servicios de salud. • Procedimientos en el marco de los servicios educativos. • Procedimientos en el marco de los servicios de seguridad social. • Procedimientos en torno a elecciones. • Procedimientos bancarios en torno al envío de remesas. • Doble nacionalidad. • Procedimiento en Municipalidades, como por ejemplo la inscripción en el padrón de la localidad. • Certificación de Permanencia Legal y Actividad Autorizada. • Trámites documentarios en relación a extranjeros detenidos. 	Ministerio de Relaciones Exteriores / Ministerio del Interior / Autoridades de extranjería y migración/ Policía nacional/ Ministerio de Educación y entidades educativas / Ministerio de Salud/ Ministerio de Trabajo /Ministerio de economía /Entidades de tributación /Entidades vinculadas a la gestión de la seguridad social/ Entidades vinculadas al desarrollo de elecciones/ Municipalidades.
--	---------------------------	--	---

Durante el retorno y reintegración al país de origen.	En relación al emigrante	<ul style="list-style-type: none"> • Transferencia de ahorros. • Transferencia de pensiones. • Convalidación de títulos adquiridos. • Reconocimiento de años de servicio. • Procedimientos vinculados a la adquisición de beneficios por el retorno. 	Ministerio de Relaciones Exteriores / Ministerio del Interior /Ministerio de economía /Entidades de tributación / Instancias de coordinación migratoria/ Entidades bancarias/ Ministerio de educación y otras instancias educativas.
	En relación al inmigrante	<ul style="list-style-type: none"> • Transferencia de ahorros. • Transferencia de pensiones. • Convalidación de títulos adquiridos. • Reconocimiento de años de servicios. • Procedimientos vinculados a la adquisición de beneficios por el retorno. 	Ministerio de Relaciones Exteriores / Ministerio del Interior /Ministerio de economía /Entidades de tributación / Autoridades de extranjería y migración/ Entidades bancarias/ Ministerio de educación y otras instancias educativas.