

EL DERECHO A MIGRAR EN LA PRÁCTICA: LA CONSTANTE PARADOJA ECUATORIANA The Right to Migrate in Practice: The Constant Ecuadorian Paradox

NINA GUERRERO CACUANGO¹

Investigadora independiente, Quito, Ecuador

Resumen

Apoyada en la teoría que Hollifield ha denominado “paradoja liberal”, en esta oportunidad quiero visibilizar, mediante algunos casos atendidos a lo largo de mi trayectoria profesional como Defensora Pública especializada en movilidad humana, las inconsistencias que surgen en la aplicación práctica de un marco jurídico garantista, que se desnaturaliza por la práctica institucional, y desemboca en la violación del derecho a migrar y otros derechos constitucionales de las personas extranjeras en Ecuador. Esta paradoja me ha motivado a formular varios cuestionamientos, desde el enfoque de derechos humanos, alrededor de la política inmigratoria ecuatoriana, la insuficiencia normativa, y concebir al litigio estratégico como la herramienta más efectiva para reducir tales contradicciones.

Palabras clave

Paradoja, Derecho a migrar, Práctica institucional, Litigio estratégico.

Abstract

Based on the theory that Hollifield has called “liberal paradox”, in this opportunity I want to make visible through some cases attended throughout my professional career as a Public Defender specialized in human mobility, the inconsistencies that arise in the practical application of a guaranteeing legal framework, which is denaturalized by institutional practice, and leads to the violation of the right to migrate and other constitutional rights of foreigners in Ecuador; This paradox has motivated me to formulate several questions, from a human rights approach, about the Ecuadorian immigration policy, the normative insufficiency, and to conceive strategic litigation as the most effective tool to reduce such contradictions.

Keywords

Paradox, Right to Migrate, Institutional Practice, Strategic Litigation.

1. Introducción

Desde el 2016 que inicié funciones como Defensora Pública de movilidad humana, he tenido la oportunidad de aproximarme a la realidad de las personas inmigrantes y en necesidad de protección internacional que se encuentran en Ecuador, y a su vez, apreciar de cerca

¹ Abogada, Especialista en Migraciones y Derechos Humanos, Máster en Derechos Humanos, Democracia y Globalización. Desde 2016 me desempeño como Defensora Pública; he aportado a la creación y fortalecimiento de la línea de atención de movilidad humana en la Defensoría Pública a nivel nacional. Correo electrónico: ninaguerrero1@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-4979-9734>.



los avances y retrocesos que se han producido en el país en materia de movilidad humana en cuanto a inmigración. Esto me ha permitido notar contradicciones entre el marco normativo de protección de derechos y ciertas prácticas que se han mantenido inmutables a lo largo del tiempo, independientes de los cambios de autoridades públicas, de los contextos actuales, de reformas legales, incluso por sobre los avances jurisprudenciales. De esta forma, estas condiciones, en lugar de promover el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales de ese grupo poblacional, impulsan la desigualdad y fortalecen los escenarios en que se produce su transgresión.

Mediante este texto procuro brindar evidencia empírica que demuestra la paradoja identificada, de tal forma que he sistematizado una serie de casos en los que he evidenciado las contradicciones existentes entre el enfoque de derechos contenido en la normativa que contempla el derecho a migrar en Ecuador, y su aplicación práctica alineada al enfoque de seguridad.

Más adelante, expongo las inconsistencias de una respuesta institucional frente a situaciones jurídicas idénticas, en oposición de los estándares actuales sobre movilidad humana, que desembocan especialmente en la violación del derecho a la igualdad y no discriminación y la unidad familiar.

Luego, muestro los retos y desafíos actuales desprendidos de los procesos migratorios de regularización originados en los Decretos Ejecutivos 436 (2022), 698 (2023), y 753 (2023); a su vez, reflexiono en la necesidad de alcanzar coherencia entre la norma y su aplicación, como respuesta indispensable para salir de la paradoja en la que nos encontramos, o al menos verla reducida.

Para finalizar, con un ejemplo de patrocinio ilustro el predominio de la visión securitista en la gestión migratoria de Ecuador, como manifestación de su criminalización direccionada a una nacionalidad específica; de esta manera, enfatizo en el rol trascendental que ha tenido el litigio estratégico en la defensa pública para combatir tales circunstancias.

2. Entre avances y retrocesos, una paradoja constante

No cabe duda de que el país ha dado pasos en favor de la protección de la población en situación de movilidad humana; sin embargo, cada avance ha estado acompañado de varios obstáculos que empañan la “buena intención” de las autoridades públicas, como si se tratara de una sombra que acompaña la política inmigratoria.

Las sombras a las que me he referido pueden entenderse como contradicciones, que son cada vez más recurrentes hablando de migraciones. James F. Hollifield (2023) desarrolló la teoría de la “paradoja liberal” por la cual muestra las tensiones existentes entre la apertura de fronteras para el movimiento financiero, de bienes y servicios, y la limitación del movimiento de personas mediante el endurecimiento de las políticas restrictivas.

Lo mismo ha sucedido en Ecuador entre el marco normativo caracterizado por ser proderechos y propersonas, y las prácticas adoptadas para su materialización, que terminan siendo violatorias de derechos humanos.

Esto no es de extrañar pues, como ya lo identificó Javier Arcentales (2021), con la vigencia de la nueva Constitución se introdujo el enfoque de derechos humanos, que permite abordar el hecho migratorio de forma integral, al mismo tiempo que configuró el derecho a migrar y la ciudadanía universal como límites a la soberanía estatal; sin embargo, el Estado ha continuado obstinado “por reproducir las prácticas fundadas en la concepción de la soberanía ilimitada respecto de las políticas migratorias” (p. 110). Cito varios ejemplos que permiten graficar la paradoja referida.

2.1. Inconsistencias en el proceso de deportación

A pesar de que migrar en el año 2008 fue incorporado como derecho fundamental en la Constitución ecuatoriana, su regulación siguió siendo anacrónica (Álvarez, 2020, p. 149). La Ley de Migración de 1971 continuó vigente hasta inicios de 2017; a pesar de que era una norma de carácter administrativo, el procedimiento de control migratorio para deportación se sustentaba como el de una infracción penal, con la participación de jueces de contravenciones penales y fiscales (estos últimos eran los encargados de realizar toda una acusación cual si se tratara de un delito).

Por mucho tiempo, la actuación de Fiscalía resultaba normal a los ojos de los operadores de justicia, quienes validaban toda su participación y resolvían en función de la solicitud del fiscal. Sin embargo, para quienes entendemos a la migración como un derecho humano, tal situación resultaba incomprensible.

Cuando empecé mis funciones como Defensora Pública, durante las audiencias de deportación en 2016, dedicaba una buena parte de mis argumentos a hacer notar que la presencia de fiscales en los procesos de deportación no era legal ni justificada, pues migrar —en toda su comprensión holística— no constituía un delito, sino se trataba de la manifestación del ejercicio de un derecho humano.

Poco a poco fueron ganando aceptación tales argumentos, al punto que incluso las fiscales que participaron hasta el final de esos procesos híbridos, intervenían enunciando normas y principios que protegían a la migración como un derecho.

Con la vigencia de la Ley Orgánica de Movilidad Humana en 2017 (en adelante LOMH), la deportación adquirió por completo la naturaleza administrativa; no obstante, las competencias para su inicio, sustanciación, resolución, ejecución e impugnación le fueron atribuidas a la autoridad de control migratorio, actualmente representada por el Ministerio del Interior; es decir, migración es juez y parte, y ello habilita espacios para la arbitrariedad muy característica en los procesos de control migratorio.

2.2. Las restricciones en el proceso de refugio

En la LOMH, la defensa pública se plasmó como una garantía dentro del procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada, lo que me ha permitido estar presente en las entrevistas a las personas que solicitan la protección internacional a Ecuador, a través del procedimiento de refugio.

Este cambio normativo se dio en un contexto de incremento del flujo migratorio venezolano en la región. En el caso ecuatoriano, las solicitudes de protección internacional de población venezolana fueron en aumento considerablemente, contrario al número de admisiones o reconocimientos por parte de la autoridad de movilidad humana².

Para el año 2017, la razón principal por la que los ciudadanos venezolanos huían de su país, según atribuía la Dirección de Protección Internacional (en adelante DPIN) del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana (en adelante MREMH), era la crisis económica. En la práctica, la DPIN incluía un párrafo predeterminado en las actas de entrevistas, haciendo referencia a la escasez de alimentos, medicinas, la falta de accesorios de vehículos como bujías, o incluso a la falta de pañales para bebés, en las solicitudes de refugio de personas venezolanas que no tenían hijos, ni autos, o que teniendo trabajos e ingresos estables, abandonaron sus hogares por amenazas en contra de su vida e integridad

² Es posible revisar las estadísticas de personas que han recibido el reconocimiento de persona refugiada en Ecuador, actualizado a abril 2023 en el histórico de refugiados anuales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

por oposición al régimen actual. Es decir, a toda costa se intentó negar las razones forzosas que provocaron la salida de miles de venezolanos.

La excusa para que las personas firmáran aceptando ese párrafo en sus declaraciones, era que en nada les afectaría, y que por el contrario, de no hacerlo, su petición automáticamente sería rechazada. Lo que no les decían era que, aceptar como suya esa información, sería la principal razón para la inadmisión de su solicitud de refugio.

Pude detectar otras prácticas cotidianas en ese procedimiento. Inicialmente, la DPIN no permitía que ciudadanos venezolanos presenten su solicitud de refugio porque decían que el refugio no es para venezolanos; se les exigía firmar el acta de su declaración sin leer siquiera lo que el funcionario escribió, o si lo hacía, y la persona pedía alguna rectificación previa a la suscripción, se le amenazaba con rechazar su solicitud si no firmaba lo que el funcionario escribió. Los funcionarios de la DPIN estaban convencidos que el rol de un abogado patrocinador de la persona solicitante durante la entrevista era meramente de escucha pasiva y no como defensor activo de los derechos de su patrocinado; las preguntas estaban direccionadas a que la persona hable de su situación económica más que de los motivos reales de salida. Tomó tiempo para que esas prácticas cesaran.

Con la experiencia adquirida puedo señalar que el procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada es en el que, en mayor medida y en comparación a los otros procesos, se ha implementado el enfoque de derechos que requiere la movilidad humana, sin que ello implique necesariamente la eliminación de la paradoja que ha caracterizado la gestión migratoria en Ecuador.

2.3. La incesante producción de la irregularidad migratoria

Respecto de la regularización migratoria, las posibilidades que tenía la población extranjera para residir de forma regular en Ecuador, también estuvieron plagadas de la incoherencia mayúscula existente entre norma y práctica, como la califica Soledad Álvarez (2020, p. 149).

La Ley de Migración de 1971 preveía que la facultad de conceder o rechazar visados se fundaba en la “potestad soberana y discrecional de la Función Ejecutiva” (Álvarez, 2020, p. 150). La LOMH de 2017 también mantuvo esa definición de soberanía para otorgar o negar permisos de residencia (art. 67); sin embargo, incorporó alternativas viables de regularización como la denominada visa UNASUR, a la cual tenían acceso los ciudadanos suramericanos, principalmente los provenientes de Venezuela.

En 2021, la primera reforma a la LOMH acarreó la eliminación de todo el capítulo sobre la comunidad suramericana en Ecuador, consecuentemente de la visa UNASUR, lo que se tradujo en la continuidad de “la producción de la ilegalidad de los migrantes, su deportabilidad y desechabilidad” (Álvarez, 2020, p. 153). La dificultad de muchas personas venezolanas para obtener pasaportes u otros documentos oficiales exigidos para regularizarse con otras visas, impedía que mantengan su regularidad en el país.

Recordemos que, antes de la primera reforma a la LOMH se preveía que los ciudadanos suramericanos podían ingresar al territorio ecuatoriano presentando solamente su documento de identificación nacional (art. 84). Lamentablemente, los Ministerios del Interior y de Relaciones Exteriores decidieron exigir el pasaporte como único documento válido para el ingreso al territorio nacional de las personas venezolanas a partir del 18 de

agosto del 2018³, desconociendo los estándares fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁴.

Frente a la decisión de exigir pasaportes, las Defensorías Pública y del Pueblo presentaron ante un juez constitucional una petición de medidas cautelares, al considerar que se agravaba la situación de los venezolanos, implicaba un aumento de la población en condición migratoria irregular, amenazaba el derecho a solicitar refugio, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la unidad familiar e interés superior, y la igualdad y no discriminación. La petición fue aceptada y se suspendió la aplicación de ese Acuerdo Ministerial (Medidas Cautelares, 2018).

Poco tiempo después, el 22 de agosto de 2018, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana emitió un nuevo Acuerdo Ministerial (N.º 244) mediante el cual se exigía a la población venezolana que ingresaba con su cédula, la presentación de un certificado de validez apostillado de dicho documento, exigencia que constituía la misma barrera superada previamente.

En enero de 2019, a causa del femicidio de Diana (ciudadana ecuatoriana) en Ibarra a manos de su pareja sentimental (venezolano), se desató una ola de violencia hacia la población venezolana, misma que fue legitimada por el mandatario ecuatoriano Lenin Moreno, y que además se extendió hacia quienes aún no se encontraban en este territorio. Bajo la consigna ¡Todos somos Diana!, el exmandatario dispuso la “conformación inmediata de brigadas para controlar la situación legal de los inmigrantes venezolanos en las calles, en los lugares de trabajo y en la frontera” (Moreno, 2019).

Tras ese hecho lamentable, inmediatamente se implementó⁵ la exigencia del pasado judicial apostillado para el ingreso de los venezolanos a Ecuador, y se mantenía vigente, además, el Acuerdo 244. Todas estas medidas fueron suspendidas por la Corte Constitucional del Ecuador el 27 de marzo de 2019, dentro de la Acción Pública de Inconstitucionalidad propuesta por la Defensoría del Pueblo y varias organizaciones de la sociedad civil (2019).

³ El 16 de agosto de 2018 el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana mediante Acuerdo Ministerial N.º 242, estableció como requisito previo al ingreso a territorio ecuatoriano “la presentación del pasaporte con una vigencia mínima de 6 meses previa a su caducidad a los ciudadanos venezolanos”, medida que era exigible a partir del 18 de agosto del mismo año. Esta decisión fue tomada con base en un informe técnico elaborado por el Ministerio del Interior sobre “la situación de flujos migratorios inusuales de ciudadanos venezolanos”, en el cual se indicó que la emisión de dicha medida pretendía “prevenir la migración irregular y riesgosa”. Tal medida se oponía a su propio objetivo, pues no era desconocido que una de las mayores problemáticas que afronta la población venezolana era precisamente la falta de documentos de identificación o viaje, debido a que las autoridades de su país decidieron negarles ese derecho, procurando de esa forma evitar el éxodo de su población.

⁴ En marzo de 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Resolución 2/18 Migración forzada de personas venezolanas) había observado que, en el marco de la crisis de migración forzada que enfrentan las personas venezolanas, existían vacíos de protección para el goce efectivo de los derechos humanos de estas personas. Entre ellas, preocupaban a la CIDH prácticas como “rechazos en frontera, expulsiones o deportaciones colectivas, la dificultad de muchas personas venezolanas para obtener pasaportes u otros documentos oficiales exigidos por algunos Estados para regularizarse o ingresar de forma regular a sus territorios, pagar los costos de las solicitudes de visas y el acceso igualitario a derechos en los países de destino”. Además, señaló que entre los múltiples desafíos que enfrentan también se destacan “los obstáculos para obtener protección internacional, la discriminación, las amenazas a su vida e integridad personal, la violencia sexual y de género, los abusos y explotación, la trata de personas [...] y la falta de documentos de identidad”. Estas preocupaciones hicieron que la CIDH exhorte a los Estados miembros de la OEA a “1. No criminalizar la migración de personas venezolanas, para lo cual debían abstenerse de adoptar medidas tales como el cierre de fronteras, la penalización por ingreso o presencia irregular, la necesidad de presentar un pasaporte para obtener ayuda y protección internacional, la detención migratoria; y los discursos de odio”, exhortó que no fue tomado en cuenta por Ecuador.

⁵ La implementación se realizó a través del Acuerdo Interministerial N.º-0000001 emitido por el Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y la Ministra del Interior, suscrito el 21 de enero de 2019, con las excepciones del Acuerdo Interministerial N.º-0000002 del 01 de febrero de 2019.

Finalmente, en julio de 2019, la exigencia de pasaporte para el ingreso de la población venezolana fue instaurada como requisito mediante Decreto Ejecutivo 826, con el cual se camufló además la exigibilidad de una visa para el ingreso de venezolanos a Ecuador, a través del otorgamiento de una *amnistía migratoria* y proceso de regularización a través de una visa denominada VERHU.

A partir de esa fecha, los ingresos regulares de población venezolana se redujeron significativamente, mientras que la cifra de personas en situación migratoria irregular incrementó. Según datos del ACNUR (2022), para julio de 2022 más de 300 mil personas venezolanas se encontraban en Ecuador en condición irregular.

Esa situación obligó a que el gobierno genere un nuevo proceso de regularización migratoria, esta vez incluyendo a personas de otras nacionalidades y con mayor vulnerabilidad.

El 01 de junio de 2022 se emitió el Decreto Ejecutivo N.º 436 mediante el cual se establecieron tres procesos:

1. Un “registro de permanencia migratoria de todas las personas extranjeras que se encuentren en el país” (art. 2).
2. Implementación de un proceso de regularización extraordinario a través de la visa denominada VIRTE, para población venezolana y su grupo familiar que ingresaron regularmente a Ecuador (art. 3); el reconocimiento de la cédula venezolana vigente como documento válido para la obtención de la visa (art. 5)
3. Se dispuso al Ministerio de Inclusión Económica y Social “dictar la normativa secundaria y los mecanismos que viabilicen la regularización de niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados” (Disposición Transitoria Cuarta).

El registro de permanencia decretado, cuya finalidad era contribuir a la generación de políticas públicas sobre movilidad humana (art. 2), fue implementado por el Ministerio del Interior mediante Acuerdo Ministerial N.º 007 del 17 de agosto de 2022, en tres fases:

1. A partir del 01 de septiembre de 2022 para ciudadanos venezolanos y su grupo familiar, que hubiesen registrado su ingreso por un punto de control migratorio oficial.
2. A partir del 16 de noviembre de 2022 para ciudadanos de otras nacionalidades con ingreso regular al país.
3. Desde el 17 de febrero de 2023 para los ciudadanos venezolanos que ingresaron de forma irregular al país (art. 4).

Como se puede notar, a las personas extranjeras de otras nacionalidades que ingresaron al país de forma irregular, se las excluyó injustificadamente del registro de permanencia migratoria.

La implementación del registro migratorio presentó varios obstáculos por parte del Ministerio del Interior. A las personas que registraban alguna sanción migratoria —sea por permanencia irregular o actividad distinta a la visa— no se les permitía registrarse mientras no pagaran las sanciones impuestas. Esa situación generó una seria preocupación ya que la naturaleza del registro migratorio era el de un censo de población extranjera, que permitiría a las autoridades obtener información para el desarrollo de políticas públicas.

Esa preocupación la expuse ante el Ministerio del Interior⁶, quienes finalmente comprendieron que exigir el pago de dichas sanciones se oponía a la finalidad del registro migratorio, por lo que a partir del 28 de marzo del 2023, el Ministerio emitió una disposición interna a las diferentes oficinas de servicio migratorio del país para que realicen el registro a toda persona extranjera, independientemente de su condición o faltas migratorias⁷.

2.4. ¿Una espiral infinita de contradicciones?

El proceso de regularización de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados, decretado en junio de 2022, debía ser viabilizado por el MIES máximo tres meses después de la vigencia del Decreto Ejecutivo 436; sin embargo, apenas inició en marzo de 2023. El retraso provocó que varias personas queden irregularizadas debido a que existían adolescentes que cumplieron la mayoría de edad en los meses que el MIES se tomó para implementar dicho proceso. El problema radica en que se trataba de adolescentes que no contaban con documentos de identidad, como pasaportes o cédulas vigentes, para acogerse a los otros procesos de regularización de visa VIRTE tras haber cumplido 18 años.

También existen ciudadanos venezolanos que al momento de la emisión y vigencia del Decreto 436, eran solicitantes de protección internacional, pero en los meses posteriores recibieron la resolución negativa de su solicitud de refugio. Esas personas intentaron regularizarse mediante la visa VIRTE por encontrarse irregulares, cumpliendo los requisitos previstos; sin embargo, la Cancillería ecuatoriana negó el otorgamiento de las visas alegando que el proceso regulatorio VIRTE aplica únicamente para aquellas personas que, al momento de la emisión y vigencia del respectivo Decreto, se encontraban en situación migratoria irregular.

En ambos escenarios, la única respuesta conocida hasta el momento es la negativa de las instituciones públicas de cambiar su postura inicial. Tanto el MIES como el MREMH se mantienen en análisis para determinar cómo proceder en esos casos; mientras tanto, las personas continúan irregularizadas, a la espera de soluciones palpables.

3. El círculo vicioso de la paradoja

A propósito de las incongruencias que se han presentado en los procesos de regularización migratoria, traigo a colación lo que Gonzalo Fanjul (2010) ha denominado como régimen bipolar “en donde un sistema formal (de *iure*) se desarrolla en paralelo a un sistema real (de *facto*)” (p. 4).

Fanjul (2010) sostiene que las regulaciones tan detalladas de los Estados sobre inmigración, para determinar quiénes entran a sus territorios y por cuánto tiempo, son contrarias a los escenarios que provocan la expulsión de personas de sus países, lo cual genera dos categorías de ciudadanos:

[...] los legales, que disfrutan de los derechos y obligaciones de las democracias liberales; y los indocumentados, atrapados en un limbo legal cuyos perjuicios y beneficios varían dependiendo de las circunstancias (p. 5).

⁶ El 08 de febrero de 2023 expuse mi preocupación en la II Mesa Técnica Interinstitucional de Movilidad Humana convocada por la Defensoría del Pueblo mediante Oficio N.º DPE-DNMPPPMH-2023-0019-O del 03 de febrero de 2023 a la que asistió el Subsecretario de Migración. En el mismo sentido, solicité a la Coordinadora General de Gestión de la Defensoría Pública, convocar al Director de Servicios Migratorios a una reunión para tratar los nudos críticos identificados en torno a la segunda fase del registro migratorio; así se hizo mediante Oficio N.º DP-CGDP-2023-0002-O del 11 de febrero de 2023.

⁷ Esa disposición está prevista en el Memorando Nro.MDI-VSC-SDM-2023-5398-MEMO del 28 de marzo de 2023, suscrito por el Director de Servicios Migratorios, Licenciado Andrés Fernando Naranjo Almeida.

Esa bipolaridad se manifiesta en varias problemáticas como la ineficiencia económica, la vulneración de derechos, y el desgobierno de los asuntos públicos (Fanjul, 2010, p. 5). En esta sección me centraré principalmente en el segundo problema que ha afectado no solo a extranjeros, sino además a nacionales.

La Constitución ecuatoriana (2008) reconoce a la familia en sus diversos tipos como el “núcleo fundamental de la sociedad” por lo que se compromete a garantizar “condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines” (art. 67). Además consagra otros derechos que se interrelacionan como el de unidad y convivencia familiares (art. 45), el interés superior de las niñas, niños y adolescentes (art. 44), y la protección de los integrantes de la familia (art. 69), prestando especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa, por ejemplo: la migración.

Al respecto, la Corte Constitucional (2021) ha establecido que,

247. [...] en contextos de migración, el Estado debe adoptar medidas para que los padres puedan cumplir sus deberes de cuidado y desarrollo de sus hijos, y no obstaculizarlos, ya que esto puede constituir una injerencia arbitraria en la vida familiar (p. 66).

Aunque las obligaciones del Estado frente a las familias parecerían claras (adoptar medidas para la protección de sus miembros), el MREMH —teniendo la potestad de generar procesos de regularización que propendan a la protección de las familias con integrantes no nacionales— ejecuta acciones contrarias al estándar citado.

No es desconocido que en Ecuador, debido a la migración, se han conformado familias diversas, cuyos integrantes pueden ser de diferentes nacionalidades. Por esta razón, el derecho constitucional a la unidad familiar se materializa también en la Ley Orgánica de Movilidad Humana como principio de aplicación e interpretación de dicha norma (art. 2), y como condición para acceder a la residencia permanente en Ecuador (art. 63, num. 4).

A pesar de que normativamente tener vínculos familiares con ecuatorianos o extranjeros residentes en Ecuador permite la obtención de la residencia permanente, en la práctica no es así.

El principal obstáculo para que una persona extranjera que tiene hijo ecuatoriano —por ejemplo— obtenga la residencia permanente por visa de amparo (como se la conoce), se debe a su situación migratoria irregular.

La situación migratoria irregular según prevé la LOMH se da en función del incumplimiento de las normas migratorias de ingreso y permanencia (art. 3, num. 1).

La situación migratoria irregular puede ser un obstáculo superable en función de la aplicación de principios como el de interés superior, unidad familiar, interpretación pro *homine*, previstos en la Constitución y la LOMH, por la naturaleza misma de la visa de amparo cuya finalidad es la protección de la familia. No obstante, el MREMH usa la irregularidad de las personas para hacer diferencias injustificadas de trato en los procesos de regularización.

En 2020, mediante Acuerdo Interministerial N.º 0000006, los Ministerios del Interior y de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana expidieron un procedimiento para la regularización de personas extranjeras que ingresaron a Ecuador de forma irregular y que tienen hijos ecuatorianos.

Básicamente en ese procedimiento se prevé la posibilidad de que la persona justifique la fecha de su ingreso al país y las razones de haberlo hecho sin registro en los filtros de control migratorio autorizado, mediante la presentación de una declaración juramentada (art. 4). Posterior a ello, el pago de la sanción de irregularidad correspondiente.

Esa lógica garantista no se aplica para las personas que ingresaron de forma regular al país, tienen hijos ecuatorianos, pero su permanencia es irregular por no haber obtenido una visa oportunamente. Es decir, aquellos extranjeros que si cumplieron las normas de ingreso a Ecuador, y tienen hijos ecuatorianos, no se les permite obtener la visa de amparo debido a su permanencia irregular. Ejemplos de esta casuística pueden ser revisados en los procesos judiciales N.º 17230-2022-03181⁸ y N.º 17203-2023-01444⁹.

No solo quienes tienen hijos ecuatorianos se ven afectados por las prácticas instauradas por el MREMH, también lo son otro grupo de sujetos con mayor vulnerabilidad: las y los niños. Sobre este tema la Corte Constitucional (2021) ha establecido que:

La comprensión integral de la movilidad humana obliga a considerar que los flujos migratorios son heterogéneos, multidireccionales y se conforman por grupos poblacionales diversos, que se trasladan en condiciones diferentes y como consecuencia de múltiples motivos voluntarios o forzados. Tener en cuenta estos aspectos permite garantizar de manera efectiva el derecho a migrar en el origen, tránsito, permanencia, destino y retorno (p. 11).

Lo expuesto nos invita a comprender que cualquier persona, indistintamente de la edad que tenga, es titular del derecho a migrar. Ese es el caso de 3 niñas de diferentes nacionalidades que ingresaron a Ecuador en compañía de sus padres, todos de forma irregular. Esas familias se establecieron en el país, procrearon otros hijos quienes debido a su nacimiento en territorio ecuatoriano adquirieron la nacionalidad. Por el hijo ecuatoriano, los progenitores pudieron obtener la visa de amparo acogiéndose al procedimiento previsto en el Acuerdo Interministerial N.º 0000006 del 2020; sin embargo, sus hijas que no eran ecuatorianas, fueron impedidas de obtener la residencia de amparo por hermano ecuatoriano y padres

⁸ Se trata de 10 extranjeros que ingresaron de manera regular al país hace varios años, pero se encontraban con permanencia irregular por no tener visa vigente. Son padres de hijos ecuatorianos quienes solicitaron al MREMH visas de amparo por sus hijos ecuatorianos pero el MREMH no les permitió su regularización argumentando que por la permanencia irregular no pueden obtener la visa. Presenté apelación administrativa y el MREMH no resolvió las apelaciones; presenté acción de protección por la omisión de resolver las impugnaciones y el MREMH se allanó a la garantía estableciéndose un tiempo para resolución de parte del MREMH. Luego, el Ministerio resolvió ratificando su negativa de otorgar la regularización. Por la negativa, en febrero de 2022 presenté acción de protección y el juez a quo en sentencia aceptó la AP y ordenó al MREMH otorgar visas de amparo, y disculpas públicas en la página web de MREMH durante 2 meses. El MREMH interpuso recurso de apelación, que está pendiente de sentencia en la Corte Provincial de Pichincha, hasta la presente fecha.

⁹ Se trata de 3 extranjeros que ingresaron de manera regular al país hace varios años, pero se encontraban con permanencia irregular por no tener visa vigente. Son padres de hijos ecuatorianos quienes solicitaron al MREMH visas de amparo por sus hijos ecuatorianos, pero el MREMH se negó a recibir, tramitar y aprobar las visas de residencia permanente por amparo en hijo ecuatoriano bajo el argumento de que se encontraban en permanencia irregular. En marzo de 2023 propuse acción de protección por la violación a los derechos de igualdad y no discriminación, el derecho a migrar, el derecho a la unidad familiar, y el derecho al interés superior de los NNA. El MREMH a través de sus representantes dijeron en audiencia que la razón para no recibir sus solicitudes y no otorgarles las visas de amparo se debe a la permanencia irregular de los ciudadanos. La jueza que conoció la garantía aceptó parcialmente la garantía limitándose a declarar la vulneración del derecho de petición; señaló en su fundamentación oral que no puede pronunciarse sobre las violaciones a los derechos alegados ya que no existe ningún acto administrativo que contenga tal negativa, a pesar de haberlo escuchado expresamente de los abogados de la accionada, y como reparación ordenó al MREMH recibir las solicitudes de los 3 ciudadanos y “resolver lo que en derecho corresponda”. Propuse recurso de apelación que fue sorteada a la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, misma que resolvió ratificar la decisión de primera instancia. Debido a que ninguna de las sentencias precedentes solucionó el nudo crítico de discriminación, propuse acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional del Ecuador, causa que fue signada con el N.º 2339-23-EP y está pendiente de admisión. Mientras tanto, el 16 de agosto de 2023 el MREMH notificó la resolución negativa de las visas de amparo a 2 de los afectados, basado en su situación de irregularidad migratoria. Al tercero, por haber sido una persona con discapacidad física del 77%, el MREMH le aprobó la visa de amparo como “ayuda por su situación vulnerable” (palabras usadas por los abogados del Ministerio en una reunión mantenida antes de la audiencia el 06 de abril de 2023).

residentes permanentes, debido a que el MREMH las consideró *evasoras de filtros migratorios*¹⁰. Tuve que activar una acción de protección en beneficio de las niñas afectadas, para que ellas puedan regularizar su residencia en Ecuador y vivir de manera digna.

La práctica establecida por el MREMH deja un mensaje claro: resulta mejor incumplir todas las normas migratorias, tanto de ingreso como de permanencia, que cumplirlas parcialmente. De esta manera, el MREMH reproduce el régimen bipolar que promueve la migración [des]ordenada, [in]segura e [in]humana.

4. La regularidad migratoria no garantiza el ejercicio pleno de derechos

Con los casos expuestos hasta el momento, parecería que solo los extranjeros irregularizados sufren restricción en el ejercicio de sus derechos inherentes a la dignidad humana. Sin embargo, aunque parezca difícil de creer, las limitaciones de derechos también las sufren quienes se encuentran en condición de residentes en el país. Esto se ajusta a las “incongruencias legales y reveses de la política migratoria” (Álvarez, 2020, p. 144) previamente identificadas.

Entre los años 2019 y 2021, al mismo tiempo que el gobierno decretó un proceso de regularización migratoria para población venezolana mediante el otorgamiento de la visa denominada VERHU, también emprendió procesos de sanción migratoria que fueron direccionados específicamente contra ciudadanos venezolanos, indistintamente de su condición migratoria.

Durante esos años, pude identificar 35 casos de personas venezolanas que siendo residentes en el país, fueron sancionados por la causal *actividades distintas a las permitidas por las visas* prevista actualmente en el artículo 170 de la LOMH, mientras se encontraban realizando distintas actividades como venta ambulante, trabajo en locales comerciales (panaderías, barberías, mecánicas), quienes estaban en una estación de bus esperando el transporte público, en parques o plazas, e incluso hubo quien fue sancionado dentro de su domicilio a la media noche mientras se encontraba en una reunión familiar¹¹.

Todas las personas que fueron sancionadas compartían características comunes: i) todos eran de nacionalidad venezolana; ii) todos al momento de ser sancionados tenían una visa vigente de residencia UNASUR, VERHU, o como solicitantes de refugio; iii) a todos se les sancionó por la misma causal y se les atribuyó la venta ambulante como hecho generador de la multa impuesta.

Durante las audiencias en las acciones de protección que propuse en favor de quienes fueron afectados por esas sanciones migratorias, los representantes del Ministerio del Interior sostuvieron convencidos que la venta ambulante es una actividad prohibida para los extranjeros residentes en Ecuador por no contar con los permisos municipales; pero el debate jurídico que propuse como accionante consistía en que el trabajo autónomo es un derecho constitucional reconocido a cualquier persona indistintamente de su nacionalidad o condición migratoria, y que la autoridad competente para sancionar el trabajo autónomo en espacio público no autorizado es la autoridad municipal.

Una de las acciones de protección ha sido seleccionada por la Corte Constitucional del Ecuador para el desarrollo de jurisprudencia¹², muy necesaria para frenar la práctica irracional instaurada por la autoridad de control migratorio.

¹⁰ El caso fue judicializado en 2022 mediante acción de protección signado con el N.o 17230-2022-18771. La garantía fue aceptada; sin embargo, no se dictaron medidas de reparación de no repetición, razón por la que el MREMH continúa lesionando derechos en casos análogos.

¹¹ Todos estos casos fueron judicializados mediante acciones de protección signadas con los siguientes números: 17230-2021-15367, 17371-2022-02954, 17203-2023-01592.

¹² El caso fue signado con el N.o 1772-22-JP, seleccionado el 20 de diciembre de 2022.

En este ejemplo nuevamente se evidencia la obstinación que tiene el Estado de producir migrantes irregularizados, debido a que la imposición de multas por faltas migratorias se constituye en un grillete que impide la consecución de la permanencia regular.

5. La relevancia del litigio estratégico para la protección de migrantes

He procurado mostrar, mediante ejemplos concretos, las violaciones de derechos que se desprenden de la dicotomía existente entre la norma y su aplicación práctica en materia migratoria, entre ellos, situaciones en las que me he visto avocada a acudir a las cortes en busca de medidas que permitan armonizar los dos ámbitos con el enfoque de derechos humanos.

El uso de recursos legales que buscan lograr “cambios en el marco normativo y en la sociedad mediante la adopción, creación o modificación de políticas públicas, la legislación, la conducta de las autoridades y de la misma sociedad”, se denomina litigio estratégico (Duque, 2014, p. 10).

De los casos citados, el uso de las garantías jurisdiccionales como herramienta de litigio estratégico, me permite afirmar que la acción de protección y el *habeas corpus* se han convertido en el mejor aliado a disposición de la defensa pública para desafiar al régimen bipolar (definido por Fanjul) impregnado en la gestión migratoria ecuatoriana, e introducir los cambios sociales y normativos tan anhelados.

Procesos como el N.º 1214-18-EP resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) en 2022, que tuve la oportunidad de patrocinar desde su inicio en 2018, han permitido la introducción normativa de garantías básicas de debido proceso en los procedimientos de inadmisión y deportación¹³.

Casos como el N.º 2185-19-JP y acumulados¹⁴, le han dado la oportunidad a la CCE (2021) de desarrollar:

[...] el alcance de los derechos de las niñas y niños a la identidad, personalidad jurídica, inscripción y registro del nacimiento, nacionalidad, así como los derechos de las adolescentes migrantes a la igualdad y no discriminación, protección de la familia, y a ser escuchadas y a que su opinión sea seriamente considerada (p. 1).

Debido a las medidas dictadas dentro de esta sentencia, fue posible cesar una práctica violatoria de derechos implantada en el Registro Civil. Ahora todas las adolescentes que se encuentren en una situación análoga, pueden exigir la inscripción de sus hijos sin limitaciones de ninguna naturaleza.

En la reciente sentencia N.º 2496-21-EP/23 de 2023, también se puede notar la relevancia que ha adquirido la defensa pública en la protección de los derechos de las personas extranjeras en Ecuador. En dicho fallo, el máximo organismo de control constitucional resolvió la violación del principio de no devolución de un adolescente no acompañado con afectación en su salud mental solicitante de refugio, y dispuso como medida de reparación la capacitación permanente a los operadores de justicia en temas de movilidad humana que incluyan el derecho al refugio, no devolución y el *habeas corpus*.

Durante los años que me he desempeñado como Defensora Pública especializada en movilidad humana he notado que, el diálogo entre instituciones públicas y las buenas

¹³ Similares estándares fueron desarrollados por la Corte Constitucional mediante las sentencias N.º 159-11-JH/19 del 26 de noviembre de 2019, y la N.º 335-13-JP/20 del 12 de agosto de 2020.

¹⁴ Uno de los casos seleccionados por la CCE fue el N.º 731-21-JP, el cual patrociné mediante acción de protección en 2020.

intenciones de pocos funcionarios no han sido suficientes para materializar el enfoque de derechos contenido en la Constitución ecuatoriana, por lo que tengo la certeza de que, hasta el momento, la vía más efectiva para combatir la paradoja, es el litigio estratégico, pues como ha identificado Marta Villarreal (2007), uno de los momentos de intervención litigiosa se da:

[...] Cuando el sistema jurídico contiene normas o derechos que consideramos buenos para el interés público pero que desafortunadamente no son practicados, en la vida diaria se actúa como si no existiera el derecho o, lo que es peor, en contra del mismo derecho (p. 22).

Como señala la autora (2007), judicializar los casos viabiliza que el derecho sea observado y no quede en letra muerta, ya que trata de eliminar fuentes de arbitrariedad e de incertidumbre jurídica.

En ese sentido, los casos visibilizados como defensa pública, han contribuido en el desarrollo jurisprudencial de derechos como la igualdad y no discriminación, el interés superior de las y los niños, y el debido proceso de los inmigrantes en Ecuador, de allí que, el enfoque de litigio estratégico adoptado por la Defensoría Pública del Ecuador, por Ernesto Pazmiño Granizo (2016) y ratificada por Ángel Torres Machuca (2021), para promover cambios y transformaciones estructurales en el sistema jurídico-político, ha permitido reforzar la defensa a población vulnerable, entre ellas las personas en situación de movilidad humana.

6. Conclusiones

Como se puede apreciar, las barreras existentes en la gestión de la movilidad humana en Ecuador se manifiestan en prácticas institucionales legitimadas por sus representantes, alejadas de los estándares constitucionales en materia de derechos humanos, que reproducen las limitaciones de sus funcionarios para aplicar las soluciones del sistema constitucional de derechos y justicia que reconoce la Constitución.

Las vulneraciones de derechos de las personas en situación de movilidad humana han sido posibles debido al régimen bipolar que se manifiesta en el desarrollo paralelo de una realidad normativa y una realidad práctica.

Las incoherencias que se desprenden de ese régimen bipolar, han permitido que la irregularización migratoria siga reproduciéndose contrariamente del avance normativo más cercano al enfoque de derechos humanos.

A pesar de los intentos coyunturales de generar procesos de regularización migratoria, en los que se ha procurado incluir población excluida por medidas anteriores, las contradicciones características de la paradoja presentada, se exteriorizan en controles selectivos de población extranjera, interpretación y aplicación restrictiva de las normas, y la falta de voluntad para brindar solución sin necesidad de acudir a procesos contenciosos.

El reconocimiento del derecho a la defensa de las personas inmigrantes en Ecuador en los procesos migratorios, ha posibilitado que como defensora pública me involucre en asuntos de interés público y actúe frente a problemas estructurales de discriminación, desigualdad, y arbitrariedad, propios de las tensiones identificadas.

El uso de las garantías jurisdiccionales como herramienta de litigio estratégico, me ha permitido exponer casos ante las cortes de justicia del país, en procura de estimular el desarrollo del enfoque de derechos humanos en la práctica cotidiana de las instituciones públicas involucradas en el quehacer migratorio.

Durante mi trayectoria profesional al servicio de la población migrante y solicitante de protección internacional, he constatado que el litigio estratégico se ha convertido en el mejor

instrumento para reducir la brecha existente entre la realidad de *jure* y la realidad de *facto*. Por ello considero necesario que se apoyen las iniciativas de litigación estratégica que se generen en torno a asuntos migratorios, ya que pueden concebirse como espacios de garantía de derechos.

Referencias bibliográficas

- ACNUR. (2022). *Una evaluación a personas refugiadas y migrantes venezolanas en Ecuador revela sus necesidades más críticas*. Obtenido de Comunicados de prensa: <https://www.acnur.org/noticias/comunicados-de-prensa/una-evaluacion-personas-refugiadas-y-migrantes-venezolanas-en>
- Álvarez Velasco, S. (2020). *Ilegalizados en Ecuador, el país de la “ciudadanía universal”*. Obtenido de <https://doi.org/10.1590/15174522-101815>
- Arcenales I., A. J. (2021). *El derecho a migrar y la ciudadanía universal como límites a la soberanía estatal*. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7976/1/T3450-MDE-Arcenales-El%20derecho.pdf>
- Duque, C. (2014). ¿Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos? *Aportes Andinos* 35, 9-23.
- Fanjul, G. (2010). Migraciones internacionales: las consecuencias de gobernar el siglo XXI con políticas del XIX. Área: Demografía, Población y Migraciones/Cooperación y Desarrollo: Obtenido de <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2010/03/ari56-2010-fanjul-politicas-migratorias.pdf>
- Hollifield, J. F. (2023). *El emergente Estado migratorio*. Obtenido de http://visitas.reduaz.mx/coleccion_desarrollo_migracion/repensando/Repensando_3elemergente.pdf
- Moreno, L. (2019). *Ecuador anuncia brigadas para controlar situación legal de ciudadanos venezolanos*. Obtenido de <https://www.reuters.com/article/venezuela-migracion-ecuador-idESKCN1PF0H8-OESEN>
- Villarreal, M. (2007). El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público. En ACNUDH, *El Litigio Estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico* (pp. 17-30). México: OACNUDH.

Sentencias

- Corte Constitucional del Ecuador (2019). *Auto de Admisión*. Acción Pública de Inconstitucionalidad No.0014-19-IN del 27 de marzo de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). *Derechos de las niñas, niños y adolescentes, y de las personas migrantes a la vida, la salud, la igualdad, la no devolución, la unidad familiar, y la tutela judicial efectiva*. Sentencia No. 983-18-JP/21 del 25 de agosto de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). *Niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana, solos, no acompañados o separados*. CASO N.º 2120-19-JP del 22 de septiembre de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). *Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de adolescentes migrantes*, CASO N.º 2185-19-JP y acumulados del 01 de diciembre de 2021.
- Defensoría Pública del Ecuador (2016). Resolución N.º DP-DPG-2016-044. *Política marco de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública del Ecuador y Normas Internas para su aplicación*. Quito, Distrito Metropolitano, Ecuador: Defensoría Pública del Ecuador.
- Defensoría Pública del Ecuador (2021). Resolución N.º DP-DPG-JTC-2021-024. *Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos*. Quito, Ecuador: Defensoría Pública del Ecuador.

Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha (2018). *Medidas Cautelares*. Caso judicial N.º 17203-2018-07971 del 17 de agosto de 2018.