



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
UNIVERSIDAD DEL POSGRADO DEL ESTADO

2014-2016

**Maestría en Relaciones Internacionales y Diplomacia, con
mención en política exterior**

**Tesis para optar al Título de Máster en Relaciones Internacionales y
Diplomacia**

**Aplicación de la ciudadanía universal en la protección de los migrantes
en Ecuador.**

Autora: Denisse Isabel Albán Carvallo
Directora: Roxana Arroyo Vargas

Quito, enero de 2018



No.005- 2018.

ACTA DE GRADO

En la ciudad de Quito, a los veintiseis días del mes de enero del año dos mil dieciocho, **DENISSE ISABEL ALBÁN CARVALLO**, portadora de la cédula: 1716602634, **EGRESADA DE LA MAESTRÍA EN RELACIONES INTERNACIONALES Y DIPLOMACIA CON MENCIÓN EN POLÍTICA EXTERIOR 2014-2016**, se presentó a la exposición y defensa oral de su Tesis, con el tema: **“APLICACIÓN DE LA CIUDADANÍA UNIVERSAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS MIGRANTES EN ECUADOR”**, dando así cumplimiento al requisito, previo a la obtención del título de **MAGÍSTER EN RELACIONES INTERNACIONALES Y DIPLOMACIA CON MENCIÓN EN POLÍTICA EXTERIOR**.

Habiendo obtenido las siguientes notas:

Promedio Académico:	8.64
Tesis Escrita:	8.64
Grado Oral:	7.83

Nota Final Promedio: 8.43

En consecuencia, **DENISSE ISABEL ALBÁN CARVALLO**, se ha hecho acreedora al título mencionado.

Para constancia firman:

Dr. Mauricio Bustamante
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Dra. Katalina Barreiro
MIEMBRO

Dr. Alex Valle
MIEMBRO

De conformidad con la facultad prevista en el estatuto del IAEN CERTIFICO que la presente es fiel copia del original



Abg. José Luis Jaramillo
Director de Secretaría General



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

SECRETARÍA
GENERAL

Fojas 1/1

Fecha 09/02/2018

Secretaría General

AUTORÍA

Yo, Denisse Isabel Albán Carvallo, máster, con CC 171660263-4, declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo, así como los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad de el/la autor/a del trabajo de titulación. Asimismo, me acojo a los reglamentos internos de la universidad correspondientes a los temas de honestidad académica.



Firma

CC: 171660263-4

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

"Yo Denisse Isabel Albán Carvallo, cedo al IAEN, los derechos de publicación de la presente obra por un plazo máximo de cinco años, sin que deba haber un reconocimiento económico por este concepto. Declaro además que el texto del presente trabajo de titulación no podrá ser cedido a ninguna empresa editorial para su publicación u otros fines, sin contar previamente con la autorización escrita de la universidad"

Quito, enero, 2018



FIRMA DEL CURSANTE

DENISSE ISABEL ALBÁN CARVALLO

CI 171660263-4

Resumen

El siguiente trabajo analiza a la ciudadanía universal como aporte a los Derechos Humanos de los migrantes. A pesar de estar consagrada como un principio en la Constitución de la República vigente, el ordenamiento positivo secundario no se encuentra armonizado con la misma, lo que vuelve ineficaz su ejercicio, ocasionando así sendas vulneraciones a los derechos de las personas en movilidad humana que escogen al Ecuador como país de tránsito o de destino. En enero de 2017 se derogó la mayoría de la normativa migratoria securitista mediante la expedición de la Ley Orgánica de Movilidad Humana; sin embargo los Derechos Humanos de los migrantes siguen desprotegidos por vacíos legales y arbitrariedades; razones varias por las que es necesario considerar a la ciudadanía universal no únicamente como un principio, sino como un derecho de las personas migrantes, para una aplicación más concreta y expedita.

Palabras clave: Ciudadanía universal; Principio; Derechos Humanos, Movilidad humana

Summary

This investigation analyzes the universal citizenship as a contribution to the Human Rights of migrants. In spite of being consecrated like a principle in the active Constitution of the Republic, the secondary law is not harmonized with that, making its practice ineffective, causing several violations of the rights of people in human movability which choose Ecuador as a transit or a destination country. In January, 2017, most of the migratory security regulations are repealed through the issuance of the Organic Law of Human Movability; nevertheless, the rights of people in human movability remain unprotected because of legal gaps and arbitrariness; these are various reasons why it is necessary to consider universal citizenship not only as a principle, but as a right of migrants, for a more concrete and expeditious application.

Key words: Universal citizenship; Principle; Human Rights, Human movability

DEDICATORIA

A mis bisabuelos (+), los migrantes de la familia: porque debió haber sido muy duro volver a empezar al otro lado del mundo.

Y a todos los que, al igual que ellos, por una u otra razón, escogieron al Ecuador para que sea el escenario de sus vidas.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por todo.

A mi mamá, por creer siempre en mí; a mi papá (+) por lo mismo aunque nunca me lo dijera; a mi hermano, el ingeniero; a mi tío Patricio (+), porque le encantó la idea de que llegue a ser máster.

A mi esposo Manuel, por acompañarme.

A mi Leo, por sus ronroneos.

A mis amigos y a mi familia, por su empuje.

A la doctora Roxana Arroyo, por su paciencia; a mi colega Felipe Asanza, por su gran ayuda; a la abogada Nina Guerrero, por su colaboración.

Y por último, agradezco al silencio.

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo 1. Marco teórico. Evolución del concepto de ciudadanía universal...7	
1.1 Evolución del concepto de ciudadanía hacia el multiculturalismo	7
1.2 Teoría liberal – John Rawls	14
1.3 Teoría social – Alexander Wendt	21
1.4 Teoría securitista – Varios autores.....	23
Capítulo II. La ciudadanía universal en la normativa internacional	28
2.1 La ciudadanía universal como Derecho Humano de los migrantes. Origen y fuentes	28
2.2 Normas y principios.....	33
2.3 La ponderación de derechos.....	40
Capítulo III. La ciudadanía universal en la normativa nacional como política pública 46	
3.1 La ciudadanía universal en la política pública ecuatoriana y latinoamericana.....	46
3.2 Estudios Migratorios. Securitización <i>versus</i> fronteras abiertas	50
3.3 La Ley Orgánica de Movilidad Humana	53
Capítulo IV. Estudio de casos	60
4.1 Acción de Hábeas Data.....	60
4.2 Acción de Hábeas Corpus.....	67
CONCLUSIONES	77
RECOMENDACIONES	79
BIBLIOGRAFÍA	80

Introducción

La ciudadanía universal es considerada un principio de las relaciones internacionales dentro de la Constitución Ecuatoriana de 2008, en su artículo 416 numeral 6, que textualmente señala:

Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: [...] 6. Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur. (Asamblea Nacional, 2008: s/p)

Como podemos vislumbrar con lo anterior, la Ley Fundamental del Ecuador tiene características vanguardistas en todas sus materias, considerada una de las más completas del mundo, por lo que al normar sobre la situación del país con respecto a la comunidad internacional, no iba a dejar de innovar y dar un salto sustancial *versus* su antecesora del año 1998, donde no existe ni la más remota coincidencia en el tema.

La ciudadanía universal es un derecho propio de la dignidad e igualdad de los seres humanos, que tiene su raíz en la concepción de ciudadanía, que entraña una paridad jurídica entre personas diferentes (Asanza, 2014: 121-122), razón por la cual, la característica principal de esta universalidad parte desde

[U]na abstracta igualdad jurídica que reconoce las diferencias pero que no tiene en cuenta que éstas influyen en las relaciones sociales al convertirse en desigualdades. De este modo, el mundo real, el realismo político ha mezclado las diferencias y las desigualdades; se identifican personas diferentes con personas desiguales y en consecuencia se les discrimina. (Giraldo Jiménez, 2009. En *Ibid.*: 124)

Es decir que todo quedaría en papel porque en la práctica implica discriminación y, en virtud de lo anterior, un detrimento a la dignidad de la persona. La realidad ecuatoriana, coincide con esta falta de reconocimiento de facto a la libre circulación y a la movilidad humana, porque si bien la ciudadanía universal está consagrada en la

Constitución, que es el instrumento base para la normatividad interna del país, el día a día demuestra que las leyes inferiores no están armonizadas con esto, por lo que vuelve ineficaz a este precepto constitucional.

Es entonces que actualmente la ciudadanía universal en el Ecuador, tiene una serie de trabas para su aplicación, más allá de la expedición de la Ley Orgánica de Movilidad Humana a comienzos de este año 2017, en la cual se la vuelve a mencionar como principio de la misma ley, definiéndola así:

El reconocimiento de la potestad del ser humano para movilizarse libremente por todo el planeta. Implica la portabilidad de sus derechos humanos independientemente de su condición migratoria, nacionalidad y lugar de origen, lo que llevará al progresivo fin de la condición de extranjero. (Asamblea Nacional, 2017: s/p)

En la misma Ley, se señala que la libre movilidad humana constituye “El reconocimiento jurídico y político del ejercicio de la ciudadanía universal” (*Ibid.*: s/p) que “implica el amparo del Estado a la movilización de cualquier persona, familia o grupo humano, con la intención de circular y permanecer en el lugar de destino de manera temporal o definitiva.” (*Ibid.*: s/p)

En el país no existe tal reconocimiento jurídico y político pleno del ejercicio de la ciudadanía universal, porque el Estado no ampara la movilización de cualquier persona, sino más bien su situación de regularidad o irregularidad “es todavía determinante para el ejercicio o restricción de sus derechos en el Ecuador” (Arcentales Illescas, Javier y Susy Garbay Mancheno, 2012: 31) Las “personas de otra nacionalidad siempre buscan formas de legalizar su permanencia en el país, pues perciben que si no la tienen, a pesar de los derechos consagrados en la Constitución, se vuelven invisibles, con el riesgo de ser detenidas y deportadas.” (*Ibid.*: 32). Es entonces una aplicación precaria de este principio, puesto que no cuenta con las directrices positivas en nuestro ordenamiento jurídico para ser eficaz. En general, la normativa secundaria que trata sobre la movilidad humana, no se encuentra armonizada con la Constitución, ya que

la mayor parte de leyes, especialmente las relativas a migración y extranjería fueron elaboradas en la década de los setenta, en el contexto de una dictadura militar que elaboró

las leyes con una óptica securitista y restrictiva que está vigente hasta la actualidad a pesar del nuevo marco constitucional. (Valle Franco, 2009: 14 y 15)

Con la expedición de la Ley de Movilidad Humana se derogarían las leyes de igual o menor jerarquía con la misma y aquellas que contradigan sus preceptos, esto incluye a la Ley de Documentos de Viaje; Ley de Naturalizaciones; Ley de Extranjería; y, la Ley de Migración; con todas sus codificaciones y reglamentos, tal como indica su Única Disposición Derogatoria. (Asamblea Nacional, 2017: s/p) Sin embargo, esto no se traduce en la eliminación de la estratificación entre ciudadanos y extranjeros, puesto que persiste esa distinción en la misma Ley de Movilidad Humana, por lo que la concordancia y armonía de toda la normativa secundaria del Ecuador, sigue sin llevarse a cabo, faltando aún muchísimo trabajo por hacer al respecto.

El nivel de eficacia de la ciudadanía universal es discutible puesto que, como se había mencionado anteriormente, no se la aplica a cabalidad, por lo que se requeriría de una normativa mucho más ajustada a lo propuesto en la Ley Suprema para así desmentir con hechos el carácter utópico de este principio o derecho, que no sustenta correctamente la defensa y reconocimiento de la situación de las personas extranjeras en el territorio ecuatoriano; mas bien las complica, violentando sus derechos de libre movilidad, inherentes a su dignidad.

El Ecuador pasó por un “período de inestabilidad institucional comprendido entre 1997 y 2000 (que generó) [...] un flujo de movilidad que se le ha denominado la estampida migratoria” (Ramírez & Quezada, 2010 En Rodríguez Agudelo y Navarro Hoyos, 2014: 67) (El paréntesis dentro de la cita no pertenece a la misma). Esta etapa fue de cierta forma justificada por las remesas enviadas por los migrantes que sostuvieron la economía del país, en detrimento del factor social del mismo, marcado por la separación de las familias en virtud de este éxodo hacia países como España, Italia y Estados Unidos, todo por una vida mejor que los ecuatorianos no conseguían llevar a cabo dentro de su territorio. Luego, con el gobierno de Rafael Correa Delgado se

[...] planteó la necesidad de tratar más seriamente los temas migratorios y se refirió a los migrantes como la ‘quinta región’. De este nuevo impulso surgieron el Plan de Desarrollo Humano de las Migraciones (2007-2010), el Plan Nacional del Buen Vivir (2009-2013)

y, por supuesto, la iniciativa que terminó en la Constitución Política de 2008. [...] La migración es un factor decisivo en la adopción de la Ciudadanía Universal en Ecuador, ya que con este principio se busca conseguir una reciprocidad en el trato a los nacionales ecuatorianos en el extranjero, igual al que reciben los foráneos en el territorio de Ecuador. (*Ibíd.*: 67 y 68)

Es así que el Ecuador se convierte en un país receptor de migrantes, fenómeno que se observa a partir del año 2008, cuando se había expedido la Constitución vanguardista que contiene el principio de la ciudadanía universal, incrementando el flujo migratorio hacia el Ecuador de 1'757.235 personas en el 2008, a 2'826.666 personas en el 2014, según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC (INEC, 2017: s/p). Así mismo, la población inmigrante dentro del territorio ecuatoriano, de acuerdo al último censo nacional del año 2010, sería 160.036; ocupando los seis primeros países de proveniencia Colombia con 89.931; Perú con 15.676; Estados Unidos con 15.017; Cuba con 6.717; Chile con 4.339; y, Venezuela, con 4.720 habitantes. (Asanza Guerra, 2013: 57)

Razón por la que se hace indispensable la correcta instrumentalización de la ciudadanía universal, mediante una normativa secundaria acorde a la Constitucional, además de políticas migratorias que la respalden, para así proteger los derechos humanos de los migrantes que optan por venir hacia el país; esto debido a que la ciudadanía universal debería desvincularse de la pertenencia a una comunidad estatal determinada; es decir, que se debería reconocer su carácter supra-estatal, como garantía constitucional e internacional, para así dejar de contradecir su supuesto universalismo (Ferrajoli, 1999. En Asanza, 2014: 125)

La ciudadanía universal entraña una suerte de innovación o evolución si se quiere, del concepto tradicional de ciudadanía, que de alguna manera divide a los individuos que tienen esa calidad o status, frente a los que, por no cumplir con ciertos requisitos, no pueden ejercer los derechos que sí poseen los que son ciudadanos.

En un mundo tan globalizado en el que vivimos, vamos reconociendo que ciertos conceptos devienen en caducos, como lo es el de la ciudadanía propiamente dicha, o la condición de extranjero o la naturaleza de ilegal con la que puede tildársele a un individuo,

por no tener a su favor, ciertas formalidades que llegan a afectar directamente su dignidad, por decantar en discriminación, xenofobia o más vejaciones a su condición de ser humano que, casualmente, nació en un lugar distinto al que desea pertenecer por varias razones, que pueden ir desde la intención de mejorar su calidad de vida hasta la de escapar de una muerte inminente por condiciones sociales o políticas de su país de origen.

Históricamente las sociedades se han ido conformando, no sólo por aquellos que han nacido en su territorio, ni siquiera por los que tienen padres de esa nación pero que nacieron fuera de ella, entre otros ejemplos, sino por las personas que por uno u otro motivo, llegaron de otro país y fueron quienes lo levantaron a la par de los nacionales de ese lugar; casos como los de Estados Unidos, cuyo gobierno en la actualidad está pretendiendo desconocer la alteridad de sus gobernados y ha limitado sus fronteras, despertando sentimientos de odio, inconformidad y discriminación para los que conforman minorías sociales, según su restrictivo pensamiento. Así mismo existen Estados como Canadá, donde la realidad es paradójicamente distinta a la de su vecino del sur, ya que la intención del gobierno es la de fomentar la polietnicidad y la multinacionalidad, de manera oficial, con una Constitución donde la igualdad vendría a ser la forma en que acomodarían la diferencia. (Kimlicka, 1996: 47)

Es por todo lo anterior que este trabajo se elaborará para definir a la ciudadanía universal como un principio o un derecho, a la luz de la teoría, los derechos humanos, la normativa y la casuística; considerando como hipótesis que se trata de un derecho humano de las personas migrantes y, que al ser ésta su naturaleza, debería establecerse como tal en la Constitución ecuatoriana, para que a partir de eso existan normas secundarias que se armonicen con la concepción de derecho humano que tiene la ciudadanía universal.

El tema propuesto “La ciudadanía universal vista desde la Constitución ecuatoriana de 2008, como aporte a los Derechos Humanos de los migrantes”, se enmarca en la línea general de investigación “Derechos Humanos” del Centro de Relaciones Internacionales del Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN y, más específicamente en la línea de “Derechos Humanos y movilidad humana”.

La presente tesis se hará a partir de un estudio detallado de la documentación que contenga la contextualización local e internacional de la ciudadanía universal; razón por la que este trabajo se encuentra enmarcado en el tipo de investigación exploratorio.

Así mismo, este estudio se realizará en base a la modalidad documental, ya que por tratarse de una investigación de carácter exploratorio, se requiere de la recopilación documental sea esta física o digital, que contenga información sobre el desarrollo normativo de la ciudadanía universal, además de jurisprudencia y doctrina internacional referente al tema; todo esto mediante la aplicación del método lógico de investigación.

Capítulo 1. Marco teórico. Evolución del concepto de ciudadanía universal

En este primer capítulo, se hará un acercamiento al concepto de ciudadanía universal a través de su evolución, además de analizar a la misma a partir de la teoría liberal de John Rawls; la teoría social de Alexander Wendt; y, finalmente con la teoría securitista, a cargo de varios autores.

1.1 Evolución del concepto de ciudadanía hacia el multiculturalismo

La ciudadanía responde a una relación de índole política entre un individuo y una comunidad política, donde la dinámica se da a partir de la lealtad permanente que le debe la persona a dicha comunidad, ya que es legítimo miembro de la misma. (Cortina, 1997: 35) Es así como la ciudadanía es un término que enlaza las exigencias de justicia y a los miembros de la comunidad; es decir que une la racionalidad de lo justo con el sentimiento de pertenencia (*Ibíd.*: 30)

Sin embargo, esta definición coherente no siempre tiene la practicidad o la aplicación que debería, puesto que existe una suerte de crisis de adhesión de los ciudadanos a la comunidad, gracias a su individualismo hedonista que los impulsa a la satisfacción de sus deseos, por encima de los intereses de la comunidad. (*Ibíd.*:20) Este definitivamente es un problema importante a la hora de establecer la relación del individuo con la sociedad y, es una temática que se vuelve fundamental cuando vamos hacia una faceta macro de la ciudadanía, es decir la cosmopolita, que trasciende a la ciudadanía nacional y a la transnacional (de los Estados Nacionales, como la Unión Europea); y, exige la superación de barreras. (*Ibíd.*: 32) Es decir, si este desapego se da en escalas normales como en un Estado Nacional, ¿qué se puede esperar del conglomerado mundial donde se pretende aplicar la ciudadanía universal? Aquí es donde Cortina, nos habla de otra definición de ciudadanía con la que podría calar la idea de la “aproximación a los semejantes y separación con respecto a los diferentes [...] desde esa dialéctica ‘interno/externo’” (*Ibíd.*: 36)

Es así que la ciudadanía, como relación política, viene de una doble raíz: de la griega y de la romana, que se traducen en dos tradiciones: la republicana, donde la vida

política se define con la consecución colectiva del bien común de los hombres; y, la liberal, donde la política es un medio para la realización de los propios ideales de felicidad en la vida privada de los hombres. (*Ibíd.*: 37) Así mismo estas tradiciones se ven reflejadas en la democracia participativa y en la representativa; la primera es el “gobierno del pueblo”, mientras que la otra es el “gobierno querido por el pueblo”; sin embargo el auténtico ciudadano es quien participa directamente en las discusiones y decisiones del pueblo. (*Ibíd.*: 38) La ciudadanía es una idea clásica que viene desde Atenas del siglo V y IV A.C. y de Roma del siglo III A.C. hasta el I de nuestra era, la ciudadanía con tradición política sería del *polités* griego; y, la ciudadanía con tradición *jurídica* del *civis* latino. (*Ibíd.*)

El ciudadano griego es quien participa en la comunidad política, el que se ocupa de las cuestiones públicas mediante la deliberación y considera que la votación es el último recurso (*Ibíd.*: 39); su unidad social autónoma es la *polis*, es decir la ciudad, que posee las instituciones requeridas para hacer felices a sus miembros (*Ibíd.*: 42) quienes gozan de igualdad y de libertad; la primera se entiende como el derecho a hablar en la asamblea de gobierno y que todos son iguales ante la ley; mientras la libertad comprende justamente el ejercicio de ese doble derecho, participando en las asambleas y ocupando cargos públicos. (*Ibíd.*)

Este modelo ateniense caía en las siguientes limitaciones: 1) la ciudadanía ateniense era exclusiva para los adultos, cuyos padres hayan sido ciudadanos atenienses, situación que relegaba de este privilegio a las mujeres, niños, extranjeros y esclavos; 2) es decir que la calidad de libres e iguales no era para todos los seres humanos, sino sólo para los ciudadanos atenienses; 3) la libertad, es decir la participación, no protege a los ciudadanos de la injerencia de la Asamblea en su vida privada; y, 4) la participación directa sólo es posible en comunidades reducidas, no en los imperios o Estados nacionales. (*Ibíd.*: 44) Es por esta razón que la noción de ciudadanía se desplaza desde la participación hasta la protección; “el ciudadano es aquel al que la comunidad política protege legalmente, más que aquel que participa directamente de los asuntos políticos” (*Ibíd.*: 44 y 45) situación que fue reconocida por los romanos.

Roma, por su extensión y por su imperio hizo imposible la participación directa en la cosa pública, pero lo que sí aportó es la protección jurídica a los miembros de su imperio a quienes quería reconocer como sus ciudadanos, razón por la que la ciudadanía vendría a ser un estatuto jurídico más que una exigencia política que pide responsabilidades, ya que se podía reclamar el ejercicio de derechos. (*Ibíd.*: 47)

Por otro lado, la ciudadanía moderna tiene su origen en las revoluciones francesa, inglesa y americana, a más del capitalismo; y, tiene especial relación con el concepto de Estado¹, que es una forma de ordenamiento político. (*Ibíd.*: 48 y 49)

Los miembros de pleno derecho de un Estado son sus ciudadanos, aunque existan otras formas de <<pertenencia>>, como el permiso de residencia, la figura del <<trabajador invitado>> [...] o el refugiado. [...] El Estado ostenta la soberanía en un territorio, que tiene por caracteres la unidad del mandato, la territorialidad y el ejercicio de la soberanía a través de técnicos. (*Ibíd.*: 49)

El Estado es necesario ya que funciona como garantía de paz, como agencia protectora, como expresión de la voluntad general y como garante de la libertad externa; exigencias que originan al Estado de derecho y éste las garantiza mediante el imperio de la ley. (*Ibíd.*: 50) En el Estado son los ciudadanos quienes ostentan la nacionalidad de ese país, atributo que comprende el estatuto legal por el que un individuo pertenece a un Estado, circunstancia reconocida por el derecho internacional. (*Ibíd.*) En el Ecuador, en el Capítulo Segundo de la Constitución de la República, en su artículo 6, se establece que los ciudadanos son

Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos [...] y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.

La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.

¹ Cortina diferencia a la nación del Estado, señalando que la primera es una comunidad con una raíz común, con un lenguaje, cultura e historia iguales, que tienen la voluntad de configurarse como tal. Mientras que el Estado es una unidad administrativa, donde pueden existir diferentes lenguas, culturas y etnias, que a su vez forman Estados plurilingües, multiculturales y poliétnicos. (Cortina, 1997: 51)

La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad. (Asamblea Nacional, 2008: s/p)

La autora Adela Cortina señala que los elementos de un concepto pleno de ciudadanía serían “un *status legal* (un conjunto de derechos), un *status moral* (un conjunto de responsabilidades) y también una *identidad*, por la que una persona se sabe perteneciente a una sociedad” (Cortina, 1997: 151)

Ahora, una sociedad está compuesta por varias culturas²; esto se traduce en una convivencia complicada donde una cultura es la dominante y las otras resultan relegadas, dando pie a injusticias y desinterés por las tareas que se podrían llevar a cabo en conjunto. (*Ibíd.*:152) Por esta razón debería entonces existir una ciudadanía multicultural que tolere e integre las diversas culturas, haciendo que todos los miembros de esta sociedad se sientan “ciudadanos de primera” (*Ibíd.*) El multiculturalismo es “un conjunto variado de fenómenos sociales, que derivan de la difícil convivencia y/o coexistencia en un mismo espacio social de personas que se identifican con culturas diversas”³ (*Ibíd.*); situación que se da en muchas de las sociedades del mundo por el fenómeno de la migración. Se ha pretendido organizar a las diferentes culturas mediante algunas formas como el *apartheid* y el asimilacionismo; el primero consiste en la separación, muchas de las veces físicas, de los grupos culturales; mientras que el segundo consiste en la asimilación o adopción de las culturas relegadas a la dominante, como la fusión biológica de los diversos grupos étnicos en Estados Unidos (*melting pot*). (*Ibíd.*:152 y 153)

Sin embargo, como se había señalado anteriormente⁴, existen sociedades como la canadiense que abanderan su política gubernamental con el término multiculturalismo en vez de tenerlo como un problema o un fenómeno que implique una solución, fomentando

² Cultura es “el conjunto de pautas de pensamiento y de conducta que dirigen y organizan las actividades y producciones materiales y mentales de un pueblo, en su intento de adaptar el medio en que vive a sus necesidades, y que puede diferenciarlo de cualquier otro” Esto vendría a justificar la existencia de diferentes normas y valores morales. (Cortina, 1997: 160)

³ Señala la autora que la convivencia de ciudadanos con diferentes culturas es tan antigua como la humanidad misma; el debate del multiculturalismo data del siglo XVI cuando se da la expansión europea. El universalismo cristiano es lo que da pie a la reconstrucción del respeto al “otro” y a su cultura mediante el diálogo, reconociendo en este otro a un álgter ego con intereses quizá diversos pero que requiere de esa comprensión con base en el conocimiento de su cultura. (Cortina, 1997: 156 y 157)

⁴ En la Introducción a este trabajo.

la polietnicidad y no la asimilación o adopción de los inmigrantes que llegan a su tierra por distintas razones. (*Ibíd.*:153). El ejemplo de Canadá se basa en una realidad justa con la identidad de las personas que se identifican con una cultura, (*Ibíd.*:155) por lo que de esta manera deja de estar solamente en políticas escritas o en leyes nacionales, sino más bien abrazan la idea de que “ninguna cultura tiene soluciones para todos los problemas vitales” (*Ibíd.*) y más bien se trata de un aprendizaje interdisciplinario constante, que coadyuva a formar aquella riqueza social de la que tanto se habla, saca adelante a un país en particular, porque existe una convivencia basada en la justicia y en la felicidad de todos.

El debate del multiculturalismo se refiere a la posibilidad de proteger derechos colectivos. (*Ibíd.*:161) Kimlicka señala que existen dos formas en que se manifiesta el multiculturalismo: los estados nacionales, donde coexiste más de una nación; y, los estados poliétnicos, donde coexisten varias etnias (*Ibíd.*:162) Éste último corresponde a un modelo de diversidad cultural, que surge de la inmigración individual y familiar; se unen a “grupos étnicos” que son poco rígidos y quieren integrarse en la sociedad de la que forman parte y que se les acepte como miembros de pleno derecho de la misma. (Kymlicka, 1996: 25 y 26) No pretenden ser una nación separada y autogobernada paralelamente a esta sociedad que los acoge, sino que quieren modificar sus instituciones y sus leyes para que sea más permeable a las diferencias culturales. (*Ibíd.*: 26) Según Cortina, “los auténticos problemas multiculturales se plantean en los estados poliétnicos, porque es en ellos donde se enfrentan distintas cosmovisiones, distintas formas de concebir el sentido de la vida y de la muerte, diversas formas de organización moral y social.” (Cortina, 1997: 162)

Al hablar de ciudadanía reivindicativa,

El núcleo de la cuestión suele ser el siguiente: el liberalismo clásico, y también el socialismo clásico, defienden universalmente derechos individuales (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), pero si los individuos cobran su peculiar identidad a través del proceso de socialización en grupos culturales diversos, ¿basta con proteger los derechos individuales culturales para que los individuos puedan socializarse en los distintos grupos culturales? ¿Es suficiente este reconocimiento por parte de un estado de

derecho o, por el contrario, es preciso introducir la noción de derechos colectivos? (*Ibíd.*: 164)

Se responden esas dos cuestiones con el *liberalismo 1* y el *liberalismo 2*, dos posibles versiones del principio universal de la libertad y la igualdad (*Ibíd.*):

Según el ‘liberalismo 1’, tratar a todos como iguales significa que el Estado se comporta de una forma neutral ante las diversas perspectivas culturales y religiosas, sin comprometerse con ninguna de ellas, y se limita a proteger los derechos de la primera y segunda generaciones; según el ‘liberalismo 2’, por el contra, tratar a todos como iguales permite a un Estado comprometerse con la seguridad y el funcionamiento de una nación, una cultura o una religión, siempre que estén protegidos los derechos básicos de los ciudadanos. (*Ibíd.*: 164 y 165)

Lo anterior se traduce en lo siguiente: en el llamado “liberalismo 1”, la igualdad de todos implica un comportamiento imparcial del Estado con la sociedad, sin favorecer a ninguna cultura o religión por sobre las demás y, a todos en esa sociedad, les garantiza el ejercicio de los derechos civiles y políticos (de primera generación) y los derechos económicos, sociales y culturales (de segunda generación). Dentro del “liberalismo 2”, el Estado, al tratar a todos por igual, con la protección de sus derechos básicos -no sabemos cuál es la dimensión de estos derechos, al ser calificados como *básicos*-, supuestamente le da la prerrogativa o potestad para que se comprometa o, proporcione una extra garantía, a una nación, cultura o religión, por sobre las demás, porque así lo considera.

Cortina señala que Kymlicka considera que el liberalismo debe defender los derechos de las minorías como un último recurso para que éstas puedan llevar adelante su forma de vida, pero hace un especial énfasis cuando esta protección a las minorías implica también una defensa de las injerencias externas y se equipara el trato a los distintos grupos de la sociedad. (*Ibíd.*: 166) El autor considera que, en toda democracia liberal, uno de los mecanismos usados para acomodar las diferencias culturales, es a través de la protección de los derechos civiles y políticos de los individuos; los mismos que permiten a las personas formar y mantener los diversos grupos y asociaciones que constituyen la sociedad civil, adaptan los grupos a las circunstancias cambiantes y

fomentan sus perspectivas e intereses en la totalidad de la población. (Kymlicka, 1996: 46) Es así como existe una forma de derechos poliétnicos en función de la pertenencia grupal, que son los que ayudan a los grupos étnicos y minorías religiosas a que expresen su particularidad y su orgullo cultural sin que ello obstaculice su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante; no constituyen derechos temporales, más bien fomentan la integración en el conjunto de la sociedad y, constituyen, por ejemplo, cambios en el currículum educativo que explican la historia y la contribución específica de cada una de las minorías. (*Ibíd.*: 52) También la subvención pública de prácticas culturales como asociaciones, revistas, festivales étnicos, artes, museos; además de la exención de las leyes y disposiciones que les perjudique por sus prácticas religiosas, como el uso del *chador* de las jóvenes musulmanas en la escuela. (*Ibíd.*: 53)

A más de todo lo anterior, para que, en una comunidad política, el multiculturalismo sea garantizado, se requiere del reconocimiento público de la cultura con la que un individuo se identifique, como requisito indispensable para que se fortalezca su identidad y crezca su autoestima. (Cortina, 1997: 166)

Volviendo al dilema del descubrimiento y la acomodación del liberalismo para una convivencia multicultural, justa y libre, el núcleo moral de esta doctrina social es la neutralidad del Estado, que se traduce en la convicción de que este Estado liberal debe ser neutral o imparcial a las distintas concepciones del individuo y de vida buena mantenidas por los grupos sociales que conviven en este Estado; debe eludir afirmaciones antropológicas y más bien debe conformarse con proteger la libertad privada, el bienestar y la seguridad de los ciudadanos. (*Ibíd.*: 172 y 173). La autora, dentro de esta cuestión considera que

La forma ética propia del Estado debería ser la de un 'liberalismo radical', dispuesto a defender como irrenunciable para una convivencia pluralista la *autonomía* de los ciudadanos. Si los sujetos han de elegir su identidad y negociarla, el Estado ha de optar por aquella forma que permita la coexistencia del más amplio número de formas de vida, como es el caso de la defensa de la autonomía, desde la que una persona adulta puede elegir también una forma de vida heterónoma, siempre que el ingreso en ella no sea irreversible. (*Ibíd.*: 173)

A más de lo anterior, el mantenimiento y el fomento del diálogo intercultural, a fin de que no se pierda la riqueza humana, es un deber de cualquier forma de sociedad que se preocupe por sus ciudadanos y los ciudadanos del mundo, por lo que sí existe valor en las culturas (*Ibíd.*: 177) “Y es que el proyecto de forjar una ciudadanía cosmopolita puede convertir al conjunto de los seres humanos en una *comunidad*” (*Ibíd.*: 212)

De ahí que resulte insostenible la teoría del ‘individualismo posesivo’ con la que se inició la economía moderna, según la cual cada hombre es dueño de sus facultades y del producto de éstas, sin deber por ello nada a la sociedad. Por contra, fuerza es reconocer que el desarrollo de las facultades humanas (inteligencia, voluntad, corazón) debe muy mucho a la familia, la escuela, el grupo de amigos, la comunidad religiosa, las sociedades voluntarias, la sociedad política. Incluso a la sociedad internacional, en estos tiempos de economía global, en los que cada producto es resultado del esfuerzo conjunto de quienes trabajan en distintos lugares de la Tierra. Determinar de qué lugar en exclusiva surge una mercancía es prácticamente imposible, gracias al fenómeno de la mundialización de la economía. De ahí que afirmar que una persona es dueña de sus facultades y del producto de ellas no sólo es una muestra de egoísmo, sino también de ignorancia. (*Ibíd.*: 215)

Con esa reflexión impresionante, Adela Cortina subraya en la obligación de deberse a la comunidad; no se trata de reciprocidades migratorias, sino más bien de igualdad para todos y la libertad de ejercer los derechos humanos que tenemos a nuestro alcance por el hecho de ser simplemente *humanos*, por lo que en realidad sí conformamos una vasta comunidad alrededor del Globo, que debería dejar de lado formalismos y más trabas insulsas y abrazar de una vez por todas, el reto universalista que así mismo, requiere de una actitud ética universalista, “que tiene por horizonte para la toma de decisiones el bien universal, aunque sea preciso construirlo desde el bien local. Lo otro, los oportunismos miopes, es cosa no sólo trasnochada, sino suicida y homicida.” (*Ibíd.*: 219).

1.2 Teoría liberal – John Rawls

John Rawls empieza definiendo al derecho de gentes como un mecanismo para alcanzar una sociedad mundial de pueblos liberales y decentes; (Rawls, 2001: 16) la

misma que es razonablemente justa si las sociedades cumplen el justo derecho de los pueblos, en sus relaciones recíprocas; (*Ibíd.*: 14) es así como constituye una concepción política que trata sobre la equidad y justicia que se aplica a los principios y a las normas del derecho internacional y su aplicación; este derecho es integrado por la idea de razón pública, que entraña un contrato social a la sociedad de los pueblos, estableciendo los principios que deben ser aceptados por las sociedades decentes, liberales y no liberales, para así, normar sus relaciones (*Ibíd.*: 9, 10 y 13). Sin embargo, para lograr evidenciar su teoría, a lo largo de su obra compara al gobierno doméstico, que vendría a ser el desenvolvimiento de una sociedad, con sus leyes e instituciones, con la sociedad de naciones o pueblos, que constituye un nivel macro en sus relaciones.

Es así como señala que en una sociedad doméstica razonablemente justa, la democracia constitucional se manifestaría bajo condiciones históricas justas, como el pluralismo razonable; y, aquí construye el paralelismo con la sociedad de los pueblos, al indicar que se trataría de la diversidad entre los pueblos razonables, que tienen diferentes culturas y tradiciones, de pensamiento religioso o no, por lo que la cooperación entre ellos debería darse dentro de un diseño de derecho de gentes equitativo y efectivo. (*Ibíd.*: 23) La sociedad razonable y justa, tendría las siguientes características:

- La primera enumera derechos y libertades fundamentales de la clase que resulta familiar en un régimen constitucional;
- La segunda asigna a estos derechos, libertades y oportunidades una especial prioridad, en particular con respecto a las exigencias del bien común y del perfeccionismo de los valores, y
- La tercera garantiza a todos los ciudadanos los bienes primarios necesarios que los habilitan para hacer un uso inteligente y efectivo de sus libertades. (*Ibíd.*: 25 y 26)

A los principios señalados anteriormente, se les debe agregar el criterio de reciprocidad, donde los ciudadanos son libres e iguales, lo que incluye la libertad religiosa, su libre expresión artística y la igualdad de oportunidades y medios universales apropiados; y, donde las sociedades, son sistemas equitativos y duraderos de cooperación. (*Ibíd.*: 26) Gracias al pluralismo razonable, la democracia constitucional debe contar con instituciones políticas y sociales que inserten la concepción del sentido de justicia a los

ciudadanos en su desenvolvimiento en la vida social, donde la cooperación política y la voluntad de apertura a los demás, constituyen virtudes políticas necesarias. (*Ibíd.*: 27)

En este punto ya podríamos ir construyendo un esquema de las relaciones internacionales, donde los pueblos deberían establecer sus relaciones dentro de una base efectiva, equitativa y recíproca; independientemente de lo diversos que pueden ser, el respeto al bien común y a los valores, debe manejarse con especial atención para que el ánimo de cooperación, constituya una virtud innata en su proceder y se cristalice con políticas internacionales y nacionales que se apliquen realmente, con marcos jurídicos eficaces de libre movilidad y la ciudadanía universal. Es así que el derecho de gentes se puede aplicar los arreglos políticos y a las relaciones de cooperación entre los pueblos, que son a su vez libres e iguales. (*Ibíd.*: 29)

Rawls tiene predilección al tratar sobre pueblos liberales democráticos como aquellos que poseen un régimen razonablemente justo de democracia constitucional, lo que tiene una característica institucional; unos ciudadanos unidos por simpatías comunes, independientemente del bagaje cultural de cada grupo, lo que sería una característica cultural; y, una naturaleza moral, la que se basa en una concepción política y moral de la justicia e identidad. (*Ibíd.*: 35) El régimen atiende y protege sus intereses fundamentales establecidos en la Constitución y aplica la posibilidad de satisfacción de los intereses y necesidades culturales razonables de los mencionados grupos de diversos antecedentes étnicos y nacionales; (*Ibíd.*: 36) lo que considero constituye una base fundamental para que el pueblo bajo este régimen, al estar protegido dentro de sus fronteras y quizá, fuera de ellas, pueda justificar de algún modo la apertura para cooperar con ciudadanos de otros pueblos o naciones, como una muestra de solidaridad porque al *tener todo*, quieren ayudar a otros a llegar a ese nivel de protección, mediante normas humanitarias dentro del proceso de migración y garantía del derecho a escoger su residencia, por ejemplo. Es por esta razón que el autor se refiere a *pueblos* en vez de *Estados*:

La diferencia entre Estados y pueblos depende de la racionalidad, la preocupación por el poder y los intereses básicos del Estado. Si la *racionalidad* excluye lo *razonable*, es decir, si un Estado actúa movido por sus fines y hace caso omiso del criterio de reciprocidad en sus relaciones con otras sociedades; si la preocupación de un Estado por el poder es

dominante; y si sus intereses incluyen cosas tales como convertir otras sociedades a la religión del Estado, ampliar su imperio y ganar territorio, obtener prestigio y gloria dinástica, imperial o nacional, y aumentar su fuerza económica relativa, entonces la diferencia entre Estados y pueblos es enorme. Intereses como éstos tienden a enfrentar un Estado con otros Estados y pueblos y amenazan su seguridad. Sea expansionista o no. [...] un pueblo liberal trata de asegurar justicia razonable para todos sus ciudadanos y para los pueblos; un pueblo liberal puede vivir con otros pueblos que comparten su interés de hacer justicia y preservar la paz. (*Ibíd.*: 39, 40 y 41)

Por lo que es clarísima la distinción entre los integrantes de un pueblo *versus* la predisposición viciada de un Estado que modifica sus intereses con fines histriónicos que vendrían a potenciar su fuerza económica o prestigio, provocando la posibilidad de enfrentamientos con otros Estados que defenderían a su pueblo que se encuentra temporal o definitivamente dentro de este territorio, por buscar una mejor vida o por huir de la vejación constante de derechos fundamentales. Y es que,

Si un pluralismo razonable de doctrinas generales es una característica básica de una democracia constitucional con sus instituciones libres, podemos suponer que existe una diversidad aún mayor en las doctrinas generales profesadas entre los miembros de la sociedad de los pueblos con sus muchas culturas y tradiciones diferentes. (*Ibíd.*: 53)

Por lo que el comportamiento entre los miembros de la sociedad de los pueblos debe darse en base a la misma cooperación y armonía, que ocurre dentro de una democracia constitucional, donde el “pluralismo razonable de doctrinas generales” es aceptado y protegido, por lo que los miembros de este pueblo, pueden ejercer sus derechos libremente.

Por otro lado, el autor señala que existen varias formas de organización sujetas al derecho de gentes y que se ocupan de regular la cooperación entre pueblos y el cumplimiento de sendas responsabilidades entre ellos; está hablando de las Naciones Unidas, que condena instituciones injustas y violentaciones de los derechos humanos dentro de determinado país. (*Ibíd.*: 49) Así mismo, Rawls señala estos principios familiares y tradicionales de justicia entre pueblos libres y democráticos y, que constituyen la carta fundamental del derecho de gentes:

1. Los pueblos son libres e independientes, y su libertad y su independencia deben ser respetadas por otros pueblos.
2. Los pueblos deben cumplir los tratados y convenios.
3. Los pueblos son iguales y deben ser partes en los acuerdos que los vinculan.
4. Los pueblos tienen un deber de no intervención.
5. Los pueblos tienen el derecho de autodefensa pero no el derecho de declarar la guerra por razones distintas a la autodefensa.
6. Los pueblos deben respetar los derechos humanos.
7. Los pueblos deben observar ciertas limitaciones específicas en la conducción de la guerra.
8. Los pueblos tienen el deber de asistir a otros pueblos que viven bajo condiciones desfavorables que les impiden tener un régimen político y social justo o decente.
(*Ibíd.*: 50)

En esta carta fundamental, podemos observar que algunos principios ya han sido parte de instrumentos internacionales y también se han establecido como normas positivas dentro del ordenamiento jurídico de determinado país, pero reemplazando al término *pueblos* por *personas*, al tratar sobre la igualdad y libertad de la que gozan los seres humanos por el simple hecho de serlo y, el respeto que debe darse al ejercicio de esos derechos.

1. Dentro de la primera subdivisión tenemos a la Convención de Viena, que regula a los tratados que se configuran entre Estados; la que en su artículo 26 señala: “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (Organización de las Naciones Unidas, 1969: s/p); lo que tiene concordancia con el segundo principio del derecho de gentes: “Los pueblos deben cumplir los tratados y convenios” (Rawls, 2001: 50).
2. Así mismo, tenemos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que en su considerando sexto, establece: “Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades

fundamentales del hombre [...]” (Organización de las Naciones Unidas, 1948: s/p); principio que tiene concordancia con el señalado en la carta fundamental del derecho de gentes: “Los pueblos deben respetar los derechos humanos” (Rawls, 2001: 50).

3. Además de su considerando cuarto, que indica: “Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones” (Organización de las Naciones Unidas, 1948: s/p), que bien podría servir de fundamento para el principio del derecho de gentes: “Los pueblos tienen el deber de asistir a otros pueblos que viven bajo condiciones desfavorables [...]” (Rawls, 2001: 50).
4. Y, el Protocolo Adicional Relativo a la No Intervención, en su artículo 1, determina: “Las Altas Partes Contratantes declaran inadmisibles la intervención de cualquiera de ellas, directa o indirectamente y sea cual fuere el motivo, en los asuntos interiores o exteriores de cualquiera otra de las Partes. [...]” (Estados Americanos, 1937: s/p); lo que tiene concordancia con el principio del derecho de gentes: “Los pueblos tienen un deber de no intervención” (Rawls, 2001: 50)

Volviendo al análisis de la obra de Rawls, dentro del tema del pluralismo razonable que, para una sociedad de pueblos, constituyen las diferencias entre los mismos, con sus diversas instituciones, lenguajes, culturas, historias y experiencias; lo que se podría aplicar y multiplicar, al tratar sobre un régimen doméstico, dentro de una sociedad. (*Ibíd.*:67) Es así que, para desarrollar el derecho de gentes de un pueblo liberal, se elaborarán sus principios de política exterior, para que puedan establecer la razón pública de los pueblos liberales libres e iguales y, debatan sus relaciones mutuas; esto se da cuando los gobernantes o autoridades varias de cada pueblo, actúan según el derecho de gentes y explican a otros pueblos las razones para seguir o así mismo, revisar la política exterior del pueblo que afecta a otros pueblos. (*Ibíd.*:67 y 68)

En este caso, el autor nos introduce en el tema del manejo de las relaciones internacionales, donde se pauta el deber hacer de los pueblos a través de la política

exterior que podrían tener, correspondiendo esto al ideal de razón pública que, como se había señalado en los primeros párrafos de este capítulo, comprende un contrato social entre los pueblos, donde cada uno se relaciona con la comunidad internacional, se enrola con la misma, a través de objetivos que proyecten su política interna, con el fin de trascender y desarrollarse política, económica y socialmente, con el pleno conocimiento de la realidad internacional. Comprende un trabajo en equipo, donde todos los actores de la comunidad de pueblos conocerán sus aspiraciones y aportes mutuos, con el fin de preservar la igualdad y la paz; motivo por el que configura un principio del derecho de gentes: “Los pueblos tienen el deber de asistir a otros pueblos que viven bajo condiciones desfavorables que les impiden tener un régimen político y social justo o decente.” (*Ibíd.*: 50). La solidaridad de la que habla también la Declaración Universal de Derechos Humanos es establecida como el deber que tienen los pueblos bien ordenados, de ayudar a las sociedades menos favorecidas, para que sean parte de esa sociedad de pueblos bien ordenados (*Ibíd.*: 124). No es más que darse la mano entre pueblos, como lo harían los ciudadanos, los individuos, los seres humanos, no sólo dentro de una sociedad, sino en cualquier lugar y circunstancia, porque es *hoy por ti, mañana por mí*.

Los derechos humanos, que constituyen un principio inherente al derecho de gentes, sirven para hacer hincapié al “contribuir a modificar tanto la ineffectividad de los regímenes como la conducta irresponsable de los gobernantes con respecto al bienestar de su propio pueblo” (*Ibíd.*: 128), situación que se aplicaría al escenario en el que se puede auxiliar a un pueblo en problemas, en base al principio de solidaridad y amistad entre pueblos⁵, dando la oportunidad a sus ciudadanos de que se reestablezcan dentro del territorio de nuestro país, porque no se tiene que ser un pueblo rico para garantizar el alimento para todos sus ciudadanos, sino más bien se trata de ser un pueblo ordenado, donde se pueda prever la posibilidad de hambruna y se proteja bajo cualquier circunstancia a los derechos humanos (*Ibíd.*), para así, evitar cualquier violentación a los mismos:

La preocupación última de una perspectiva cosmopolita es el bienestar de los individuos y no la justicia de las sociedades. [...] Para el derecho de gentes lo importante es la justicia

⁵ “El círculo relativamente estrecho de pueblos que se preocupan los unos por los otros en el mundo de hoy se puede expandir y no se debe considerar estático” (Rawls, 2001: 132)

y la estabilidad, por las razones correctas, de las sociedades liberales y decentes que viven como miembros de una sociedad de los pueblos bien ordenados. (*Ibíd.*: 138 y 139)

1.3 Teoría social – Alexander Wendt

La teoría social de las relaciones internacionales nos viene de la mano de Alexander Wendt, quien con un enfoque ontológico nos indica que la estructura de la vida internacional está determinada por las creencias y las expectativas que tienen los estados unos de otros y, que esto justamente está constituido por la estructura social más que por la material. Señala así mismo que no quiere decir que el poder material y los intereses no son importantes, sino más bien que su significado y efectos dependen de la estructura social del sistema. (Wendt, 1999: 20)

Es decir que las estructuras de la asociación humana están determinadas por ideas compartidas, antes de que por lo material; y, son las identidades y los intereses de los actores, construidas a partir de estas ideas compartidas, es decir que se deja de lado al individualismo y se habla más bien de una aproximación holista. (López Canellas, 2014: s/p) El lado social del sistema internacional se da por la normativa que regulan las políticas domésticas y por el esquema de autoayuda y coerción que imprime en la política internacional; sin embargo los individuos son más dependientes de la sociedad que construye su identidad, mientras que los Estados son mucho más autónomos dentro del sistema internacional que sirve de su escenario. (*Ibíd.*: s/p) Según Wendt, el Estado es un actor interesante dentro de las relaciones internacionales, ya que su regulación de la violencia es un requisito indispensable para las demás relaciones internacionales y, además tiene el monopolio del uso legítimo de la misma. (Shouten, 2007: 9) Es entonces un agente con necesidades, responsabilidades e intereses. (*Ibíd.*)

Cuando Wendt habla de la teorización estructural, lo hace desde los dos debates dentro de la teoría social: el primero que señala que las estructuras son materiales o sociales; y, el segundo, que trata sobre la relación entre estructura y agentes. (López Canellas, 2014: s/p) Dentro del primer debate, existen las dos ideologías del materialismo y del idealismo; en el materialismo se da importancia relativa a las fuerzas materiales,

mientras que en el idealismo se la da a las ideas en la vida social. (*Ibíd.*: s/p) Los primeros piensan que el hecho más fundamental sobre la sociedad es la naturaleza y las fuerzas materiales, entre ellos los recursos naturales, la geografía, las fuerzas de producción y las de destrucción; todo esto es lo que conducen a las formas sociales. (*Ibíd.*: s/p)

Mientras que el idealismo se maneja de otra manera: ellos creen que el factor fundamental es la naturaleza y la estructura de la consciencia social, a la que Wendt llama distribución de ideas o conocimiento; a veces se manifiesta en forma de normas y a veces no, pero constituyen identidades e intereses, ayudan a los actores a encontrar soluciones comunes a los problemas y definen expectativas de comportamiento. (*Ibíd.*: s/p)

Dentro del segundo debate, al de la relación de agentes y estructuras, se responde con el individualismo y el holismo; el primero señala que las explicaciones científicas sociales deberían reducirse a las propiedades e interacciones de individuos que existen separadamente, mientras que el holismo establece que los efectos de las estructuras sociales no pueden únicamente depender de agentes individuales e independientes entre sí y, que dentro de estos efectos se incluye a la construcción de agentes causales o constitutivos. (*Ibíd.*: s/p)

Las condiciones materiales sólo tienen el valor causado por las ideas que los actores tienen acerca de estas condiciones, es decir los intereses que los actores tienen en ellas, lo que se explicaría mejor al hablar del significado que estos objetos tienen para ellos; (Shouten, 2007: 22) pero estos significados deben ser compartidos con la estructura del sistema internacional para que tengan una dimensión cultural, ya que si no serían parte de un conocimiento común a nivel micro y la idea es que sea parte de un conocimiento colectivo, es decir a nivel macro. (*Ibíd.*: 24)

Los efectos causales y constitutivos de cultura en agentes pueden influenciar (la) conducta, [...] identidades e intereses [...] o los dos. Una relación causal es una relación de interacción y describe un cambio en el estado de Y como resultado de un cambio en un X (que existe) [...] independientemente; una relación constitutiva es una relación de dependencia conceptual o de constitución mutua y describe como las propiedades de un X hacen (a) Y lo que es. (*Ibíd.*: 24 y 25) (Los paréntesis no pertenecen al texto)

Es decir que la vida internacional se mueve en base a las ideas y creencias que tienen los estados entre ellos, los unos de los otros y viceversa, por lo que esa estructura de la comunidad internacional tiene ese enfoque más social que material, porque lo material está a disposición de las ideas y por ende, de los intereses que tengan los actores estatales, sobre estos recursos materiales. Es decir que lo material obtiene su significado y efectos, a partir de la estructura social del sistema. Esto construye Wendt como una teoría social de la política internacional, donde la reciprocidad entre Estados se mide también a partir de lo que el uno causa en el otro, a partir de influencias conductuales o de intereses, lo que va conformando una cultura internacional, lo que estaría positivizada en normativa internacional que regule a la migración, lo que se constituiría como un conjunto de ideas de los Estados acerca de este tema en particular. Un código (material) elaborado en base a intereses de agentes y actores del escenario internacional.

1.4 Teoría securitista – Varios autores

La teoría securitista está inspirada en los principios de la seguridad nacional, que se cimentó en América Latina gracias al ejemplo de Estados Unidos y a las dictaduras que reemplazaron sus gobiernos democráticos en los años setenta del siglo pasado (Araujo y Eguiguren, 2009: 3) Con respecto a la normativa de los países de origen que reciben flujos migratorios de sur a norte, han conservado esta tendencia tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, con visados estrictos, leyes de detención a inmigrantes sin documentos y criminalización de la migración irregular (Góngora-Mera, 2012: 483)

La doctrina de seguridad nacional fue una herramienta militar y social mediante la cual los Estados Unidos de Norteamérica, en los años sesenta la creó como una táctica postguerra con la intención de aplicarla como ideología en países en vía de desarrollo (Velásquez Rivera, 2002: 11) Tiene su origen después de la Segunda Guerra Mundial, con lo cual Estados Unidos consolidó su dominación en los países de América Latina; así fue que durante la Guerra Fría estableció misiones específicas a sus militares e introdujo el pensamiento derechista a los gobiernos de turno de los países de la región. (*Ibíd.*)

El autor señala que la doctrina de seguridad nacional, entre otros, persigue los siguientes objetivos:

1. Conquistar el precio más bajo posible, preferiblemente sin derramamiento de sangre, las áreas y territorios previstos como aptos para una integración política.
2. Conducir al enemigo al desprestigio e incertidumbre en aquellos territorios y áreas aptas para la conquista.
3. Fomentar y cimentar el pensamiento político de la población en aquellos territorios o áreas en donde se destacan condiciones favorables para la propaganda y la acción proselitista.
4. Mantener en el ambiente internacional o nacional un estado de continua inquietud.
5. Explotar al máximo las fallas o diferencias que ofrezcan los opositores, enemigos o rivales. (*Ibíd.*: 11 y 12)

Esta doctrina está compuesta de una serie de normas y principios que un Estado mediante sus vivencias o las de otros países y conforme a su Ley Fundamental, estime ejecutar para afianzar el desarrollo holístico de la sociedad, protegiéndolos de posibles amenazas foráneas. (*Ibíd.*:12) La mencionada seguridad nacional se fundamentó básicamente en la bipolaridad y la guerra generalizada; en cuanto a la bipolaridad se concibe a la segmentación del mundo en dos fuerzas; una del bien (el occidente cristiano); y, otra del mal (el oriente comunista); y, fue establecida con tintes mesiánicos con el fin de tornarle trascendental. (*Ibíd.*:13) El comunismo empieza a oponerse en los países de América Latina, por lo que las fuerzas armadas tuvieron que enfrentarlo asumiendo la conducción política del Estado, con el fin de preservar la seguridad nacional y a la sociedad que estaba legitimada por ella. (*Ibíd.*)

La doctrina debía responder a los intereses, desarrollo y seguridad de la nación (*Ibíd.*:14) y defendía al cristianismo judeo ortodoxo, que no tenía compromiso popular. (*Ibíd.*:15) Mientras tanto, en Washington, la doctrina de seguridad hemisférica tenía simpatía con los regímenes militares latinoamericanos, apoyando los gobiernos de facto que se iban poniendo al frente de los países de la región. (*Ibíd.*:21)

Esta doctrina tuvo las consecuencias más predecibles tras su aplicación: el menosprecio hacia la democracia; (*Ibíd.*:32) además del beneficio a la división

internacional del trabajo, que relega a aquellos países atrasados, en beneficio de aquellos poderosos; y, dentro del tema jurídico, la doctrina coadyuvaba al apareamiento de estados de excepción, criminalización de la protesta social y *luz verde* para que miembros de las fuerzas armadas, se arroguen funciones jurisdiccionales contra “el enemigo interno”; ocasionando innumerables desapariciones a lo largo de los países latinoamericanos inmersos en este fenómeno. (*Ibíd.*:33)

Por otro lado, Carmen Bel Adell trata directamente a la teoría securitista actual, empezando con la siguiente frase del autor francés Etienne Balibar: “Las fronteras del espacio nacional son el lugar en que se detiene la Democracia” (Bel Adell, 2002: 5)

El celo por la supuesta protección de lo nacional, lo que sin duda incluye el territorio, llega a ese punto en el que no existe reparo al afirmar que no hay democracia en las fronteras; es decir que se trata de lugares, donde la protección de los derechos humanos llega a tener un impase quizá definitivo y, ya no es más el pueblo quien gobierna, sino el régimen exclusivista y discriminatorio.

Al cuestionamiento de “¿Fronteras abiertas, fronteras cerradas?” (*Ibíd.*: 5), la autora ya empieza a descifrar el dilema señalando que no debería haber fronteras para circular, pero a la vez debe existir un ordenamiento recíproco y consensuado para la movilidad y el establecimiento entre los Estados (*Ibíd.*: 6), situación que ejemplifica con la obligación que podrían tener los países europeos de aceptar la migración de individuos de cualquier parte, porque son sus deudores, mucho más de aquellos que vamos desde la parte Sur del mundo, pero con una negociación entre ambas sociedades. (*Ibíd.*)

Probablemente la autora estaría tratando el tema del *techo* de derechos y obligaciones a lo que se debería atener la llegada población migrante a tierras ajenas y a cualquier otra naturaleza de situación, ya que el ejercicio de derechos y prerrogativas, tiene su contraparte que es el cumplimiento de deberes:

La ciudadanía es una forma de organizar y vivir la convivencia, un modo de proceder, derechos reconocidos, deberes a practicar y bienes y servicios a compartir; es un conjunto

de personas concretas, no fantasmales, con su modo peculiar y propio de ser, estar y hacer, aunque muy ‘configuradas’ por el sistema imperante. (*Ibíd.*)

Lo anterior con una entrada indiscriminada de inmigrantes, da como resultado un conflicto mucho más fuerte ya que la población local o nacional se sentiría amenazada por los foráneos que supuestamente les arrebatarían el bienestar social, la educación, la alimentación de la que gozan y habría, así mismo un trastoque de valores; por lo que la idea de “fronteras abiertas” es una alternativa “políticamente incorrecta”, aunque rica en humanidad y justicia. (*Ibíd.*: 7) Es decir que la idea de la solidaridad entre individuos, sin que importe su origen u otra connotación más que la de *ser humano*, se ve relegada a una visión netamente estatal, por cumplir con esquemas de poder y relegar al último recurso a la reciprocidad entre pueblos.

Como se señalará más adelante⁶, la migración es como el agua, *no se detiene*, por lo que ha sabido en la práctica, sobrellevar hostilidades incluso sangrientas, de aquellos que dejan de lado la posibilidad utilitarista que les podría representar el ingreso de personas que coadyuvarían a acrecentar la economía del país de destino, por más bien proteger el nivel de vida, la educación e impedir el mestizaje con el que definitivamente se acabaría con la identidad y forma de vida de la sociedad receptora (*Ibíd.*: 8); traduciéndose así en violaciones sistemáticas a los derechos humanos y desigualdades injustas entre los individuos. Lo que el inmigrante quiere al salir de su país de origen es mejorar su calidad de vida o sus condiciones socioeconómicas, circunstancias que son ocultadas con un discurso diferencialista del país de destino al mantenerse herméticos a la migración, porque se trata de individuos de mundos radicalmente opuestos al suyo; (*Ibíd.*: 9) “En un mundo en el que circulan libremente capitales y mercancías, ¿se pueden legítimamente poner fronteras a los empobrecidos?, porque para los enriquecidos, no las hay.” (*Ibíd.*)

Al parecer la base securitista del trato a la inmigración, es controlar a través de la ordenación con criterios justos y humanos, mas no con la restricción del flujo migratorio; es decir que debe haber regulación para el tema, pero el trato a estas personas debe ser

⁶ En el subcapítulo “3.2 Estudios Migratorios. Securitización *versus* fronteras abiertas”

digno, independientemente de su situación jurídica. (*Ibíd.*: 9 y 10) A más de lo anterior, se requiere de una concienciación a la sociedad que recibe al inmigrante (*Ibíd.*:10), porque no se trata de algo circunstancial o coyuntural; ya que como se ha mencionado es un fenómeno que no cesará, por lo que es constituido como un derecho compuesto por dos más: a la libre movilidad y la residencia. Y la igualdad de todos los seres humanos, que no se hace esperar a la hora de protegerlos de las vejaciones a su integridad y dignidad, porque

Hay que decir y gritar fuerte que el reconocimiento de los Derechos no puede ser causa de desestabilización social. Por el contrario lo es, la existencia y diversificación de sectores y situaciones de exclusión por carecer de Derechos y reconocimiento, ésta es la verdadera causa que crea conflictividad y rompe el tejido social. (*Ibíd.*: 11).

Es así que la teoría securitista, según Bel Adell vendría a definirse de la siguiente manera, al responder el dilema de si las fronteras abiertas son la solución o más bien, las cerradas:

[S]in fronteras preestablecidas; ordenación gradual y progresiva de los flujos desde la razón valorativa e instrumental. Tarea ardua, lenta y arriesgada, pero necesaria [...] Política que armonice la razón valorativa partiendo de la **centralidad del ser humano**, de sus derechos, deberes, pertenencias, carencias, posibilidades, obstáculos, y la razón instrumental siendo realistas y concedores de **quién viene, de dónde viene, qué pretende y a dónde llega.** (*Ibíd.*: 10).

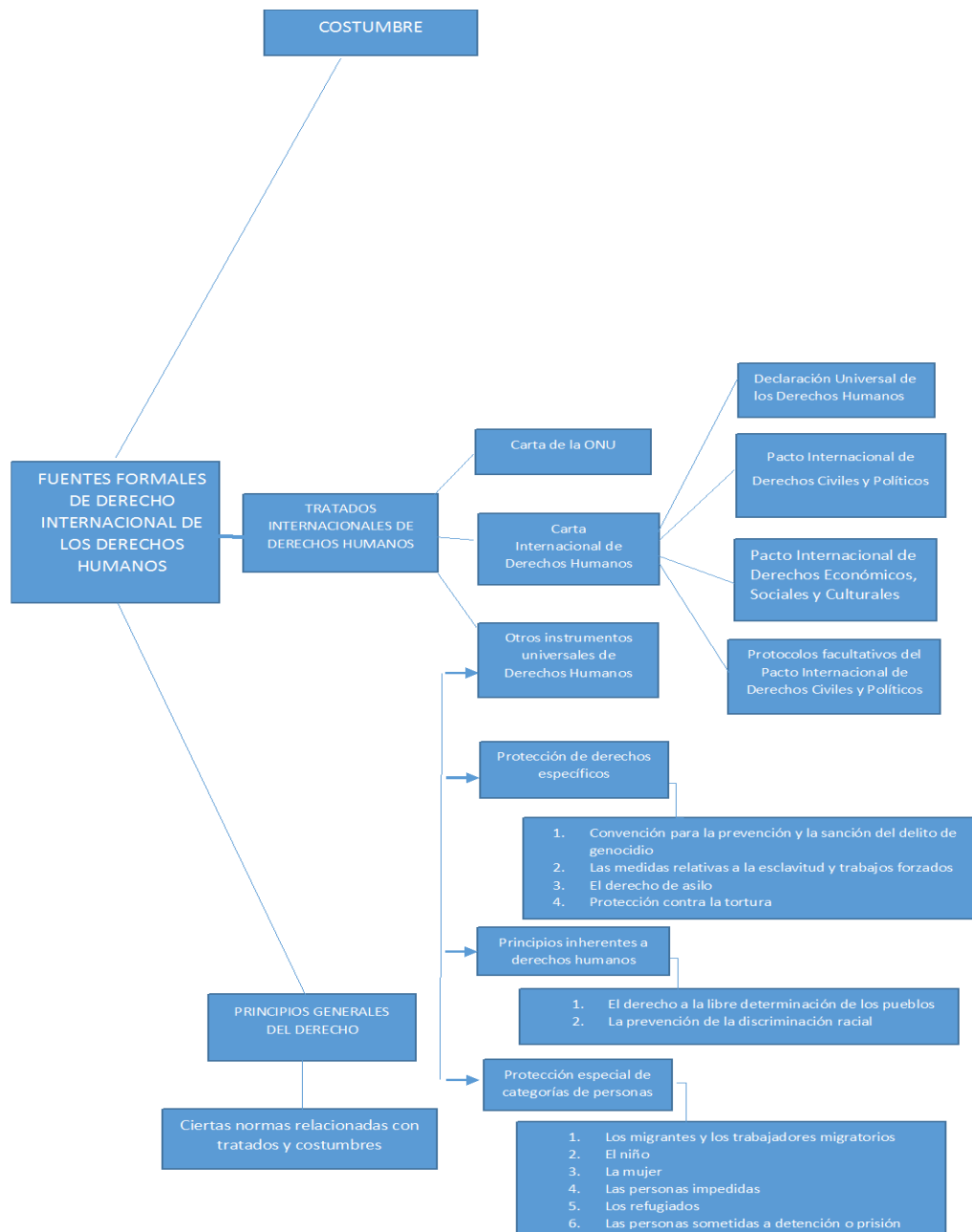
Capítulo II. La ciudadanía universal en la normativa internacional

En este segundo capítulo, se analizará a la ciudadanía universal como un derecho humano de los migrantes; además se diferenciará a un principio de una norma con la teoría de Dworkin, para finalmente ir hacia la ponderación de derechos con la teoría de Alexy.

2.1 La ciudadanía universal como Derecho Humano de los migrantes. Origen y fuentes

La ciudadanía universal debe ser considerada como derecho, porque son varios los soportes teóricos que avalan esta naturaleza, como Ferrajoli al considerarla como la transformación de los derechos de la persona en el de residencia y en el que vendría a ser la libre movilidad (Asanza: 2014: 125); situación concordante con el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.” (Organización de las Naciones Unidas: 1948: s/p). Lo anterior va de la mano de lo propuesto por el mismo Luigi Ferrajoli al hablar de una premisa del universalismo, que vendría a ser la desnacionalización de los derechos humanos (Pérez de la Fuente: 2010: 4).

Es así que la ciudadanía universal, vendría a ser un Derecho Humano, detallado en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, siendo este instrumento un *tratado internacional* en esa materia, una de las *fuentes formales principales del derecho internacional de los derechos humanos* (OIM Organización Internacional para las Migraciones, 2005: 21). Las otras dos fuentes formales principales vendrían a ser la *costumbre internacional* y los *principios generales del derecho*, mientras que las fuentes auxiliares son la *jurisprudencia* y la *doctrina*; todo esto se encuentra establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia CIJ (*Ibíd.*: 17).



7

La Declaración Universal de los Derechos Humanos “es un texto internacional de contenido jurídico que vincula a los Estados [...] recoge normas fundamentales sobre la materia de origen consuetudinario, es decir, de derecho internacional general” (*Ibid.*: 22); declaración donde observamos que se encuentra la ciudadanía universal, institución fundamentada en la dignidad intrínseca de todas las personas, es decir, que debe ser respetada y aplicada por los Estados.

⁷ Cuadro elaborado por la autora en base a las Fuentes formales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos contenido en OIM Organización Internacional para las Migraciones (2005). *Derecho Internacional sobre Migración. Migraciones y protección de los Derechos Humanos* No. 4. Suiza:17-33

Otro *instrumento universal de Derechos Humanos*, dentro de los tratados internacionales, sería la protección del derecho específico de asilo, que “es una institución que protege a los perseguidos políticos” (*Ibíd.*: 113) y que ha tenido su evolución con el asilo diplomático y el asilo territorial (*Ibíd.*: 113-115)

Volviendo al tema de la ciudadanía, en este caso la universal, corresponde a la pertenencia a una comunidad (Cortina, 1997: 18), tal como lo señala Adela Cortina, derecho humano que habla de que “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad” (Organización de las Naciones Unidas: 1948: s/p). El reconocimiento de derechos vendrían de la mano de lo mencionado por Will Kimlicka, cuando establece que las sociedades modernas tienen que enfrentar a grupos minoritarios que exigen el reconocimiento de su identidad y la adaptación de sus diferencias culturales (Kimlicka, 1996: 25); situación que coincide con la señalada por Álvaro Ayala Méndez al hablar de un reforzamiento de los derechos humanos desde una perspectiva cultural (Ayala Méndez, 2012: 174), concordante con el artículo 2 de la mencionada Declaración Universal, que señala: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” (Organización de las Naciones Unidas: 1948: s/p); además del numeral dos del artículo 26 *ibíd.*, que habla sobre el derecho a la educación, la cual “favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos” (Organización de las Naciones Unidas: 1948: s/p)

La ciudadanía universal está encaminada a fortalecer los lazos de solidaridad entre los seres humanos (Ayala Méndez, 2012: 175); y, como mecanismo de igualdad entre las personas (Valle Franco, 2009: 12); nociones avaladas por el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reza: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Organización de las Naciones Unidas: 1948: s/p). Esta prevención a la discriminación racial, es parte de los *principios inherentes a los derechos humanos*, discriminación que consiste en

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. (OIM Organización Internacional para las Migraciones, 2005: 27). (El subrayado me pertenece).

Es así, entonces, que la ciudadanía universal debe establecerse como derecho, ya que como se indica a breves rasgos *ut supra*, podría decirse que está conformada por el conjunto de otros derechos humanos que garantizan la defensa de la dignidad de los mismos, en este caso de los migrantes, que entrañan un status de refugiados, por ejemplo, situación declarativa muy ajena al reconocimiento estatal como se deduce a partir de sendas jurisprudencias en la materia. Sin embargo, la situación de los migrantes, de los trabajadores migratorios y de los refugiados, constituyen escenarios de *protección especial de categorías de personas* (*Ibíd.*: 27 y 30), que nuevamente recurren al artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos mencionado anteriormente, además a los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, al artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los cuales “se parte de la igualdad de derechos entre todas las personas sometidas a la jurisdicción estatal, así como de la aplicabilidad del principio de no discriminación, respecto a los derechos y libertades reconocidos” (*Ibíd.*: 98 y 99). El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habla de la igualdad formal de la que deben gozar todas las personas; consagrándose el derecho de igualdad ante la ley y la consecuente protección de la misma, existiendo diferenciaciones que no constituirán formas de discriminación, si los criterios que diferencian un trato de otro están basados en la razonabilidad y objetividad. (*Ibíd.*: 99).

Así mismo, el individuo con el estatus de refugiado, al consistir en una *protección especial de categorías de personas*, se lo define en la Convención de 1951 como una

persona que se encuentra fuera de su país (y que) ‘no pueda o, a causa de dichos temores (de ser perseguida), no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde

antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él' (*Ibíd.*: 122). (Los paréntesis no pertenecen a la cita).

Las dos fuentes formales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos restantes, son la *costumbre* y los *principios generales de derecho*. La primera vendría a ser una práctica que es generalmente aceptada como derecho; ésta aceptación se refiere al carácter obligatorio de la mencionada práctica, que radica en su naturaleza de constituir una regla de derecho. (*Ibíd.*: 18) La práctica frecuente y uniforme de los Estados, breve o permanente en el tiempo, constituye un requisito indispensable para que se origine la costumbre (*Ibíd.*: 19) la que se divide en universal y especial; la primera requiere de “la aceptación de la generalidad de los Estados y es oponible a Estados que no participaron en su formación ni dieron consentimiento alguno [...] es un fenómeno casi legislativo” (*Ibíd.*: 20) Su nacimiento depende de su declaración a cargo de voceros de la comunidad internacional, como lo son la Corte Internacional de Justicia, la Asamblea General de las Naciones Unidas o la doctrina. (*Ibíd.*: 21). Mientras que la costumbre especial puede dividirse entre las bilaterales y regionales, donde se requiere del consentimiento de los Estados partes. (*Ibíd.*: 20). La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en donde se encuentra la ciudadanía universal entraría en esta categoría de costumbre universal.

Los *principios generales de derecho* son aplicados de forma supletoria cuando no existe una regla consuetudinaria que se aplique a un caso en particular; además no constituyen un procedimiento creador de normativa, sino una fuente a la que se recurre en búsqueda de normas ya existentes. (*Ibíd.*: 31). Dentro de estos principios, se encuentran *ciertas normas relacionadas con tratados y costumbre*. La OIM señala que estos tratados son las fuentes de más producción de normas primarias de derechos humanos, citando al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, “las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas generales expresamente reconocidas por los Estados litigantes” (*Ibíd.*: 32); es decir que los derechos humanos originados en tratados pueden convertirse en normas consuetudinarias y, a partir de lo anterior, en universales.

Tales normas suelen ser, en el caso de los derechos humanos, creadores de obligaciones colectivas, esto es, que un Estado debe a todos los demás del grupo, ya sea éste el creado por un tratado multilateral o la comunidad internacional en su conjunto. Estas últimas

pueden ser imperativas o *erga omnes* y las debidas al grupo de un tratado multilateral, como en un tratado regional de derechos humanos, se llaman *erga omnes partes*. (*Ibíd.*)

Es decir que estas obligaciones colectivas originadas en derechos humanos, tienen efecto *erga omnes* ya que emanan de la voluntad de la comunidad internacional en su conjunto, como es la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento que contiene la ciudadanía universal.

Finalmente, se puede vislumbrar que tal es la naturaleza original como derecho de la ciudadanía universal, que se estudiará su desenvolvimiento en la practicidad; es decir que se trata de un derecho que no es absoluto, sino que más bien entraña un sometimiento al Estado de Derechos de una nación, que jamás podría contradecir a la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni más instrumentos internacionales especializados en la materia; ya que, en el caso particular de este trabajo, podemos deducir que la ciudadanía universal no tiene aplicación ni eficacia como principio constitucional de las relaciones internacionales en el Ecuador; por lo que vale entonces la pena, demostrar que debe ser considerado como derecho.

2.2 Normas y principios

Según Dworkin, “el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en *toto* o no aplicarse. [...] es estrictamente normativo porque solo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y los principios” (Dworkin, 1989: 9) Sin embargo lo que el autor pretendió con su estudio, es demostrar que esa hipótesis es unilateral porque existen principios y directrices políticas que no son normas, es decir que no se pueden identificar por su origen, pero sí por su contenido y fuerza argumentativa. (*Ibíd.*)

Los principios y las directrices corresponden a objetivos sociales que se deben alcanzar y que son beneficiosos para la sociedad, hacen alusión a la justicia y a la equidad y “*dan razones para decidir*” en un sentido determinado; su peso o contenido material es el que define o determina cuándo se lo debe aplicar en una situación específica. (*Ibíd.*) Por otro lado, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, sobretodo para la resolución de casos complicados; es decir que un razonamiento jurídico “requiere de

la verdad del iusnaturalismo”. (*Ibíd.*: 11) Es por eso que Dworkin “señala que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado” (*Ibíd.*: 13)

Sin embargo señala que “los derechos individuales -y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto- son triunfos frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho.” (*Ibíd.*: 16) Es decir que, a pesar de que coloca a las normas, directrices y principios en un solo aparato jurídico que sirve para juzgar, tiene muy presente el peso de los derechos individuales, porque son inherentes al ser humano y por el sólo hecho de serlo, los puede ejercer y así mismo, tiene el derecho a su protección y garantía; por lo que relega automáticamente a cualquier directriz política y objetivo social comunitaria que pretenda situarse encima de un auténtico derecho. Y es que el autor es antiutilitarista; las teorías utilitaristas se constituyen de fines colectivos que subordinan los derechos individuales, por lo que señala que los objetivos sociales son legítimos, sí y sólo si respetan los derechos individuales. (*Ibíd.*: 16 y 17)

Es así que Dworkin, tiene un esquema muy criticado para el análisis de controversias:

- A) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto;
- B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quién corresponde vencer;
- C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable;
- D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho;
- E) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan;
- F) El juez –al fundamentar su decisión en un principio preexistente- no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo⁸. (*Ibíd.*: 16 y 17)

⁸ Esto nos servirá en el cuarto capítulo de este trabajo.

Como se señalará en breve⁹, un principio es un estándar que debe ser tomado en cuenta, porque es una exigencia de justicia, equidad o de la moralidad; es decir que debe estar presente para los funcionarios, como un criterio que les permitiría inclinarse hacia uno u otro sentido. (*Ibíd.*: 72 y 77) El autor explica la aplicación de los principios en un caso famoso llamado *Riggs v. Palmer*, en el cual el meollo es que se estaba ventilando la posibilidad de que una persona, tras haber sido el asesino de su abuelo, podría o no heredar lo que él habría designado para él en su testamento.

El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: ‘Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino’. Pero el tribunal continuaba señalando que ‘todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen’. El asesino no recibió su herencia. (*Ibíd.*: 73)

Aquí prevalece entonces un principio jurídico, aunque no haya estado explícitamente positivizado en alguna norma previa, por sobre aquellos que sí se encontraban en el ordenamiento jurídico, que hacen alusión a la legitimidad de un testamento si ha sido llevado a cabo con los requisitos que la ley solicita o que simplemente se tiene que otorgar al heredero lo que indica la cláusula a su favor en el testamento de aquel que así lo quiso en vida.

En el Ecuador, la máxima “nadie puede beneficiarse de su propio dolo” no está específicamente positivizada en el ordenamiento jurídico, más bien se trata de un principio como en el caso resumido anteriormente; sin embargo una norma que podría parecerse es la contenida en el artículo 1699 del Código Civil:

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga

⁹ En el subcapítulo 3.1 “La ciudadanía universal en la política pública ecuatoriana y latinoamericana”

interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años. (Congreso Nacional, 2005: s/p)

Un ejemplo dentro del sistema de justicia ecuatoriano¹⁰ es el siguiente: después de rescatar con vida a una niña de 15 años que había sido víctima del delito de plagio, se condenó a todos aquellos que se habían asociado para cometer dicho ilícito; sin embargo se declaró inocente a una de ellas, porque el juez del Tribunal Penal había considerado que, a pesar de que se le encontró en el lugar donde operaba con todas las evidencias posibles y, que había declarado la niña, en testimonio anticipado y urgente, que la procesada era la persona que cocinaba y que sabía que estaba secuestrada porque en una ocasión, le había alimentado, el administrador de justicia resolvió no condenarla puesto que se había viciado la prueba, porque la policía, al allanar este lugar, no había llevado consigo la autorización para practicar esa diligencia, lo que invalidaba la prueba y la dejaba sin efecto para poderla condenarla por del delito de plagio de la mencionada niña.

Sin embargo, cuando el proceso sube a la Corte Nacional de Justicia, por el recurso de casación presentado por la Fiscalía General del Estado, con el fin de condenar a esta mujer que se encontraba en libertad; y, por el recurso de casación presentado por aquellos a los que se les habían condenado en primera instancia para que se revea la sentencia en su contra, el Tribunal de Casación resolvió el caso negando el recurso presentado por los sentenciados y aceptando el recurso presentado por la Fiscalía, ya que existió una errónea interpretación de la norma de valoración de la prueba y, porque el principio contenido en el artículo 44 de la Constitución, señala lo siguiente:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. [...] (Asamblea Constituyente, 2008: s/p) (El subrayado me pertenece)

Lo anterior, en concordancia con el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece:

¹⁰ Proceso No. 1484-2013 de 18 de agosto de 2014, resuelto por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. [...] (Congreso Nacional, 2003: s/p) (El subrayado me pertenece)

Es decir que un principio, como es el del interés superior del niño, supo enmendar lo resuelto por una norma adjetiva y positivizada, para finalmente hacer lo moralmente justo en este caso, que era la condena como coautora a aquella mujer que había sido declarada inocente por el Tribunal *A quo*.

Es entonces, como señala Dworkin, que la aplicación de la ley no puede dejar de lado el razonamiento moral que podría requerir para justamente resolver en derecho; lo justo debe tener cabida en toda resolución judicial aunque no necesariamente sea con normas, sino con principios como acabamos de ver. Los principios, en casos como los anteriores, desempeñan un papel esencial para construir los argumentos que fundamentan juicios que refieren a derechos y obligaciones jurídicas. (Dworkin, 1989: 80)

Los principios no poseen en sí mismos el peso o importancia que tienen las normas; a pesar de que ambas apuntan a decisiones particulares con respecto a alguna obligación jurídica, no tienen la misma orientación, debido a que la aplicación de las normas se da a manera de disyuntivas, mientras que el principio nos da sendas ideas de casos imaginarios pero que no están establecidos en los mismos. (*Ibíd.*: 75, 76 y 77) Es decir que las normas nos dan consecuencias jurídicas de la acción u omisión con respecto a alguna situación, mientras que el principio no lo hace.

Con respecto al peso o importancia que tienen los principios, no es el mismo que tienen las normas; no existe una mediación exacta al hablar de sí un principio o directriz es más importante que otro, es más bien un tema controvertido ya que es parte esencial

del concepto de principio, el que tenga importancia o peso para así preguntarse ¿cuán importante es este principio?, ¿qué peso tiene este principio? (*Ibíd.*: 77 y 78) Por otro lado, una norma puede ser más importante que otra “porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento” (*Ibíd.*: 78)

Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes. (*Ibíd.*: 78)

Como bien lo dice Dworkin, hay varias formas de resolver un conflicto de normas, sin embargo no siempre hay tanto tiempo de por medio y es más práctico hacer un ejercicio de ponderación de normas: cuando se encuentran en diferentes peldaños de la pirámide de Kelsen, no existe mayor complicación al establecer que por ejemplo, una norma constitucional está por encima de una norma establecida dentro de un reglamento¹¹; el problema aparece cuando se trata de dirimir entre dos normas constitucionales; es decir, cuando se encuentran dentro del mismo nivel.¹²

La ciudadanía universal en el Ecuador, es catalogada como un principio contenido en la Constitución, dentro de las relaciones internacionales y así es como se ha mantenido desde que la Ley Fundamental empezó a regir efectos jurídicos. Al ser un principio y, tomando en cuenta lo establecido por Dworkin, está completamente fundamentado por el razonamiento moral a más del jurídico para ser una directriz social válida; sin embargo como es claramente observable, no contiene el peso que quizá debería tener porque no ofrece disyuntivas en su aplicación; es decir, no determina qué podría pasar si se incumple con la ciudadanía universal dentro de las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional, lo que le resta efectividad al principio.

¹¹ De hecho, valga la oportunidad para señalar como se lo ha hecho en varias ocasiones dentro de este trabajo, que el ordenamiento jurídico debe estar armonizado con la Constitución.

¹² Este ejercicio de ponderación se lo verá más a detalle en el siguiente subcapítulo.

Es verdad que en un determinado caso judicial donde se estén ventilando los derechos humanos que tienen las personas migrantes, puede servir para motivar el fallo, en el sentido de que se proteja definitivamente el derecho a la libre movilidad y a la residencia que tiene una persona por encima del control estatal al que estará sujeto por cuanto se encuentra dentro del territorio nacional; pero es que justamente el problema radica en que la ciudadanía universal está consagrada como un principio de las relaciones internacionales y no como lo que realmente es, un derecho compuesto, que debería reivindicar la condición migratoria de todas aquellas personas que, haciendo goce de su derecho a la libre movilidad y a la residencia, no deben temer a normas secundarias coercitivas, denigrantes, discriminatorias y violadoras de su dignidad humana, sino que más bien, independientemente de que el principio de ciudadanía universal este lleno de justificación moral, justo e igualitario, debería pertenecer a otra parte de la Constitución ecuatoriana, bajo otro título si se quiere, para que se establezca como lo que se había señalado: un derecho que, de violentarlo, tenga consecuencias jurídicas claras y establecidas para que lo reivindique ante cualquier circunstancia.

El principio de ciudadanía universal no debería constituir una directriz social que arbitrariamente, dependiendo del leal saber y entender del servidor o el administrador de justicia, tenga una aplicación desordenada o así mismo, tenga aplicación pero en cualquier instancia como podría darse en un ejemplo parecido como al del plagio de la niña de 15 años, sino que debería establecerse como un derecho frontal que exija su aplicación directa y expedita, no como una herramienta del juzgador para fundamentar fallos que tengan que resolver; la ciudadanía universal constituye un derecho inherente al ser humano, no necesita de reconocimiento, sino más bien de protección y garantía para su ejercicio pleno ante cualquier circunstancia.

Es así que incluso Dworkin pone a los principios sociales por debajo de los derechos individuales, donde claramente se encuentran el derecho a la libre movilidad y residencia. El principio de ciudadanía universal requiere de forma urgente de la especialización o mutación a un derecho individual establecido por la Constitución, para que no exista arbitrariedad en su aplicación, por lo que debe contener también claras las consecuencias de su inobservancia.

2.3 La ponderación de derechos

En las Constituciones democráticas modernas existen dos categorías de normas: las que organizan los poderes del Estado y las que limitan y dirigen el poder estatal; en esta última categoría se encuentran los derechos fundamentales. (Alexy, 2009: 3) Existen dos teorías de estos derechos fundamentales: la primera es la “teoría de las reglas”, conocida como la teoría estrecha y rigurosa; y, la segunda es la “teoría de los principios”, conocida como la teoría comprehensiva u holística. (*Ibíd.*: 3 y 4)

Según la teoría de las reglas, las normas que garantizan los derechos fundamentales, no se distinguen de otras dentro del sistema jurídico; son aplicables de la misma manera que las demás y su peculiaridad radica en que protegen determinadas posiciones descritas en abstracto, del ciudadano frente al Estado. (*Ibíd.*: 4) Mientras que la teoría de los principios señala que los derechos fundamentales tienen un marco de aplicación más vasto que corresponde a un orden de valores objetivos: “los principios [...], que adquieren expresión en los derechos fundamentales” (*Ibíd.*: 4 y 5); es decir que los derechos fundamentales son normas pero también constituyen principios, además de que por su poder de acaparamiento en todo el sistema jurídico, se vuelven omnipresentes. (*Ibíd.*: 6) Y, es justamente por este poder expansivo, que estos principios tenderán a colisionar, por lo que esto se debe resolver mediante un ejercicio de ponderación. (*Ibíd.*)

En este punto se colige que Alexy hace un principio parte de un derecho fundamental, es decir que “adquiere expresión” en ellos, como si el principio por sí solo no tendría valía; y luego, señala que los derechos fundamentales están contenidos de igual manera en normas como en principios y que su poder de monopolio se ve en todo el sistema jurídico; que incide a nivel global en él. Dworkin coincide con Alexy al hablar del bagaje moral e iusnaturalista de los principios, pero los distingue definitivamente de las normas como directrices que no poseen el mismo peso, y relega a cualquier directriz política y objetivo social por debajo de los derechos individuales, donde justamente se encuentran los derechos fundamentales. Pero habla en todo caso de directrices o principios de índole social, es decir colectiva; por lo que no pone al mismo nivel de comparación al hablar quizá de principios o directrices individuales *versus* derechos individuales.

Volviendo a lo que señala Alexy, con respecto a la ponderación, indica que el filósofo alemán Jürgen Habermas, critica a esta teoría debido a que considera que la ponderación le quita la fuerza normativa a los derechos fundamentales, su “primacía estricta” (*Ibíd.*); además de que establece que no existen parámetros racionales para ponderar, sino que más bien este ejercicio se lo hace a partir de estándares y jerarquías consuetudinarias de forma arbitraria. (*Ibíd.*: 7)

Además, Habermas afirma que con la ponderación,

el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales [...] como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad. (*Ibíd.*: 7)

Sin embargo, Alexy sostiene que la ponderación implica la corrección del derecho, lo que justifica al mismo (*Ibíd.*); es decir que si no se corrigiera al derecho conforme pasa el tiempo, este se convertiría en inmutable y no estaría armonizado con la realidad de las cosas, lo que estancaría su aplicación y eficacia y, como señala Alexy “[...] si la ponderación resultara incompatible con la corrección y la justificación, no habrá lugar para ella en el derecho; y el desarrollo del derecho constitucional alemán de los últimos cincuenta años sería en esencia el despliegue de un error”; de igual manera que todo desarrollo normativo alrededor del mundo, que si bien, muchas de las veces consiste en *mareas legislativas*, el derecho justamente requiere de constante evolución para satisfacer las necesidades de la sociedad, lo que muchas de las veces radica en la corrección del mismo. (*Ibíd.*)

El derecho constituye un conjunto de herramientas que se van actualizando con el día a día para que la protección sea dinámica y completa, para que no haya lugar a vacíos que desatiendan derechos y los vulneren, de eso justamente se trata la construcción del derecho, con sus normas y principios actualizados con las nuevas necesidades y circunstancias que aparezcan en la sociedad.

Ahora, volviendo a la ponderación, ésta constituye una parte de un principio más amplio que es el de la proporcionalidad, que a su vez se compone de tres subprincipios: el de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en *stricto sensu*; estos tres subprincipios constituyen la idea de optimización; el de adecuación y necesidad, tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales. (*Ibíd.*: 8) “Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas” (*Ibíd.*)

El primer ejercicio va a ser en base a la adecuación: “El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven.” (*Ibíd.*) Aquí P_a , será el principio de ciudadanía universal; P_b , será el principio de “derechos humanos sobre condición migratoria”; y, M, será la Ley de Movilidad Humana.

Si un medio M (Ley de Movilidad Humana) que fue establecido para promover la realización de un principio P_a (ciudadanía universal), no fuera idóneo para esto mas sí se perjudicara la realización de P_b (“derechos humanos sobre condición migratoria”); entonces de omitirse M no se originarían costos para P_a ni para P_b ; aunque sí los habría para P_b de emplearse M. Pueden P_a y P_b ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados *conjuntamente*, P_a y P_b prohíben el uso de M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra. (*Ibíd.*) (Los paréntesis no pertenecen al texto)

Es decir que en base al ejercicio desarrollado anteriormente, se podría prescindir de la Ley de Movilidad Humana, para que los principios de ciudadanía universal y de “derechos humanos sobre condición migratoria”, puedan ser realizados en la más alta medida.

Ahora, el segundo ejercicio va a ser en base a la necesidad: P_a , será la ciudadanía universal; los medios, serán la libre movilidad de los individuos y la libertad de residencia; P_b , será el principio de “derechos humanos sobre condición migratoria”; y, el P_c , será el progresivo fin de condición de extranjero.

Éste requiere elegir, de entre dos medios (de entre la libre movilidad de los individuos y la libertad de residencia, se escogería la libertad de residencia) que promueven P_a (ciudadanía universal) de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en P_b (“derechos humanos sobre condición migratoria”). Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado (la libertad de residencia), entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio P_c (progresivo fin de condición de extranjero) afectado negativamente por el empleo del medio (la libertad de residencia) que interviene menos intensamente en P_b (“derechos humanos sobre condición migratoria”). En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación. (*Ibíd.*) (Los paréntesis no corresponden a la cita)

En este ejercicio, sería el medio *libertad de residencia*, el que funcionaría correctamente para que los tres principios de ciudadanía universal, derechos humanos sobre condición migratoria; y, progresivo fin de condición de extranjero, se promuevan sin problema.

Al fin, el tercer ejercicio va a ser en base al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que habla sobre la “optimización relativa a las posibilidades jurídicas” (*Ibíd.*: 9) Es la ley de ponderación que señala: “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro” (*Ibíd.*) Para esto, el ejercicio de ponderación se dividiría en tres pasos: 1) debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio; 2) debe comprobarse la importancia de la realización del principio contrario; y, 3) debe conocerse si la importancia de la realización del principio contrario, es justificativo del perjuicio o incumplimiento del otro principio. (*Ibíd.*)

Para esto, el autor ilustra con un ejemplo que sería una decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán, en defensa de la salud pública:

En esta resolución el Tribunal [...] clasificó el deber de las tabacaleras [...] de colocar sobre sus productos advertencias sobre los peligros de fumar, como una intervención relativamente ligera en la libertad de ocupación [...]; frente a ésta, una onerosa sería proscribir totalmente los productos del tabaco. Entre tales casos leves y graves se encuentran aquellos de mediana intensidad de intervención. [...] Los peligros a la salud vinculados con fumar son altos, por eso las razones de una intervención son graves. De esta manera es tan seguro que es leve la intensidad de la intervención y alto el grado de importancia de la razón para ella, que el resultado del examen de proporcionalidad en sentido estricto es absolutamente señalado como 'evidente' por el Tribunal [...] (*Ibíd.*: 9 y 10)

El análisis del caso *ut supra*, en base a la aplicación del principio de proporcionalidad, sería el siguiente: Tenemos a dos derechos establecidos aquí: el derecho a la salud y el derecho al trabajo; ambos derechos están reconocidos a nivel constitucional. Es conocido que el tabaco atenta contra la salud a varias escalas, por lo que si bien los empresarios tienen la libertad de dedicarse a la venta de tabacos al público, deben, de alguna forma, recordar o alertar sobre los efectos comprobados que provoca el consumo de dicho bien en la salud de las personas.

Ahora, el Estado, en su deber de proteger la salud de sus ciudadanos, tiene que intervenir en el derecho al trabajo de los empresarios tabacaleros, con el fin de alertar a la población de los peligros que este bien entraña para la salud de las personas; porque si no haría eso el Estado, se convertiría en un silencioso encubridor del daño que sabemos que ocasiona el tabaco en la salud; y, estaría, así mismo, dispuesto a correr el riesgo de tener un mayor número de casos de individuos que se enfermarán o inclusive morirán, a causa de este bien. Es decir que el Estado quiere regularlo justamente para proteger la salud de sus ciudadanos.

Ahora bien, siguiendo el esquema de Alexy para la ponderación se estaría hablando de que: 1) se estaría incumpliendo o perjudicando el derecho a la salud que tenemos todos los seres humanos, por el cigarrillo; 2) si es importante el ejercicio del derecho al trabajo de aquellos que optaron por vender cigarrillos; y, 3) sin embargo, el ejercicio del trabajo de las tabacaleras, no es tan importante como el ejercicio del derecho a la salud que tenemos todos los seres humanos. Es por esta razón que existe una

justificación racional de la leve intervención estatal en la venta de cigarrillos y por ende, el alto grado de la importancia de la misma, porque el derecho que se violentaría de no ser así, sería el de la salud, por lo que tiene que ser protegido por sobre el derecho al trabajo, ya que *sin salud no se trabaja*. Y si de alguna forma el Estado puede evitar que eso pase o puede aminorar ese peligro, tiene que hacerlo mediante una leve intervención por el bienestar de las personas.

El autor nos habla además del concepto de desproporción señalando que “una intervención en un derecho fundamental es desproporcionada si no está justificada por una igualmente intensa intervención hipotética en otro principio [...] que se realizaría de omitirse la primera” (*Ibíd.*: 11) La desproporción no existiría en este caso porque la intervención en el derecho al trabajo está justificada, justamente porque de no hacerlo, habría una intervención grave en desmedro del derecho a la salud.

Capítulo III. La ciudadanía universal en la normativa nacional como política pública

En este tercer capítulo, se ubicará a la ciudadanía universal en la política pública ecuatoriana y latinoamericana, además de contraponer a la securitización *versus* fronteras abiertas, para finalmente analizar a la Ley Orgánica de Movilidad Humana, a la luz de los instrumentos internacionales adoptados por el Ecuador en materia de derechos de las personas migrantes; y, con la teoría de ponderación de Alexy.

3.1 La ciudadanía universal en la política pública ecuatoriana y latinoamericana

Política pública constituye toda acción en respuesta de un problema público, que comprende un conjunto de prácticas y normativa que emanan de actores, individuales y colectivos, instituciones públicas y organizaciones internacionales, que regulan un sector de la sociedad o una actividad específica (Fontaine, 2015: 25); es decir que no depende de una decisión unilateral pública, sino más bien de la interacción a partir de negociaciones con actores tanto económicos como sociales (*Ibíd.*: 6)

Es así que la política pública es la respuesta a las necesidades de una sociedad, caracterizada

por un contenido que generará productos o resultados, un programa que se inscribe en un marco general de acción, una orientación normativa que expresa las finalidades y las preferencias del tomador de decisión, una dimensión coercitiva que procede de la autoridad legal y un competencia social que encarna los actos susceptibles de afectar a un público determinado.” (*Ibíd.*: 25)

Siendo la política pública, normativa que tiene su justificación en las necesidades de un sector, como el de los migrantes en este caso, podemos sin lugar a dudas situar a la Constitución de 2008 como una de ellas, construida gracias a diversos actores que establecieron a la ciudadanía universal como uno de los principios de las relaciones internacionales, conjuntamente con la libre movilidad y el progresivo fin de la condición de extranjeros. Estos principios, al ser políticas públicas también, pueden dar origen a medidas que pueden concretarse en un derecho instrumental que aterrizarían la aplicación

de la ciudadanía universal, lo que se estaría pretendiendo al emitir la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

Un principio es un estándar que debe ser tomado en cuenta, porque es una exigencia de justicia, equidad o de la moralidad; es decir que debe estar presente para los funcionarios, como un criterio que les permitiría inclinarse hacia uno u otro sentido. (Dworkin, 1989: 72 y 77) Sin embargo estos principios no poseen en sí mismos el peso o importancia que tienen las normas; a pesar de que ambas apuntan a decisiones particulares con respecto a alguna obligación jurídica, no tienen la misma orientación, debido a que la aplicación de las normas se da a manera de disyuntivas, mientras que el principio nos da sendas ideas de casos imaginarios pero que no están establecidos en los mismos. (*Ibíd.*: 75, 76 y 77) Es decir que las normas nos dan consecuencias jurídicas de la acción u omisión con respecto a alguna situación, mientras que el principio no lo hace.

Habiendo definido a la política pública y, habiendo señalado que el principio de la ciudadanía universal sirve de base para inspirar un conjunto de medidas que se concretarían en derechos instrumentales, entraremos a hablar de la *política migratoria ecuatoriana*. Esta empieza a tener incidencia justamente con la promulgación de la Constitución de 2008, con normativa referencial como la Ordenanza del Distrito Metropolitano de Quito N° 271 sobre Movilidad Humana y el Reglamento Sustitutivo al Acuerdo Ministerial 455, de agosto del mismo año, que define al fenómeno migratorio de la siguiente manera:

La movilidad humana se encuentra inserta en el proceso de globalización, donde diferentes actores y grupos sociales reproducen desigualdades y encuentran oportunidades, en un contexto de profundización de inquietudes y discriminación a nivel mundial y de relaciones sistémicas entre las políticas económicas y el deterioro de la situación de la población, las mismas que deben ser transformadas positivamente, por lo que se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se reconocerá a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. (Quiloango Tipanluisa, 2011: 9)

La Constitución de 2008 rompe esquemas al tratar sobre la movilidad humana ya que

muestra las necesidades legítimas de los migrantes y las de sus familias, que han venido reclamando durante años, reflejando así la participación política, económica, cultural y el ejercicio pleno de sus derechos como ciudadanos ecuatorianos, a través de la administración del Estado y el conjunto de políticas públicas que ejecutan como mandato popular. (*Ibíd.*: 16)

Y es que el Constituyente tenía sólidas bases para fundamentar su incursión en temas tan trascendentales como constituye el derecho humano de migrar, ya que el Ecuador, aparte de tener en claro el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, forma parte de los principales convenios internacionales en la misma materia, como lo son los mencionados Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos; y, el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional contra la delincuencia organizada y transnacional, además de los Protocolos adicionales para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; el Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes; el Convenio N° 97 relativo a Los Derechos de los Trabajadores Migrantes; Convenio 111 sobre la Discriminación; Convenio 118 sobre la Igualdad de trato de nacionales y no nacionales en materia de Seguridad Social; el Convenio N° 143 sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes; la Recomendación N° 86 y 151 sobre los trabajadores migrantes; el Convenio N° 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio; y, el Convenio N° 105 relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso. (*Ibíd.*: 19); además de un completo marco normativo regional, al ser parte el Ecuador de la Comunidad Andina de Naciones CAN.

Con respecto al marco institucional en materia migratoria, éste se despliega con la intención de desarrollar políticas que beneficien a los migrantes ecuatorianos en el exterior, razón por la que se han creado entidades como la Subsecretaría de Relaciones Migratorias y Consulares, donde funcionaba la Dirección General de Apoyo a Ecuatorianos en el Exterior, cartera de Estado que elabora el Plan Nacional de Derechos

Humanos, el Plan Nacional de Ecuatorianos en el Exterior; y, el Plan Nacional de Acción para Combatir el Tráfico Ilícito de Migrantes y Trata de personas. (*Ibíd.*: 26 y 27). La política de protección a los migrantes ecuatorianos y a sus familias fue la del “respeto irrestricto de los derechos humanos, Responsabilidad compartida, Co-desarrollo; Derecho a migrar/ Derecho a no migrar, Remesas y el Ámbito internacional” (*Ibíd.*: 27).

Se crea la Secretaría Nacional del Migrante SENAMI con el gobierno de Rafael Correa, eliminando la Dirección General de Apoyo a Ecuatorianos en el Exterior; y, haciéndose cargo de la gestión del Plan Nacional de Desarrollo Humano para las Migraciones, que constituyó una política clave en materia de migración en el país, fundamentado en el Plan Nacional de Desarrollo (2007-2010) (*Ibíd.*: 28). El Plan Nacional para el Buen Vivir (2009-2013) ya establece a la movilidad humana como un derecho constitucional, condenando “todo acto de xenofobia, discriminación y rechazo tanto a nuestros connacionales en el exterior, como a los extranjeros que habitan en nuestro país [...] De esta forma, contribuimos a configurar los principios de una verdadera ciudadanía universal” (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, 2009: 109)

Dentro del mismo tema de la ciudadanía universal, el Plan señala que es un principio consagrado en la Constitución y que para respetarlo, se ha retirado la exigencia de visa a las personas extranjeras (*Ibíd.*: 261). Y, en el Plan Nacional del Buen Vivir (2013-2017), al tratar sobre movilidad humana,

se plantea la necesidad de consolidar el marco normativo sobre movilidad humana y de fortalecer los mecanismos para la protección de derechos de los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior, así como de las personas de otra nacionalidad en el país, en coherencia con los principios de no discriminación (Constitución, art. 11.2) y de ciudadanía universal (art. 416) y con el derecho a migrar, que establece que no se “identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria” (art. 40). (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, 2013: 118)

Es así que desde la expedición de la Constitución de la República de 2008, a la par de las políticas públicas migratorias del país, ha existido la intención de dejar atrás el

pasado bajo una securitización de los flujos migratorios y más bien se ha adoptado a la teoría social o a la de fronteras abiertas, propugnando “el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur” (Asamblea Nacional, 2008: s/p); sin embargo la defensa de la soberanía nacional sobre los derechos humanos de los migrantes es una situación que sigue los lineamientos de la securitización aún imperante en el derecho positivo ecuatoriano, a pesar de que como se ha visto, el tema de movilidad humana, al igual que el de la ciudadanía universal, se encuentran presentes en las políticas públicas ecuatorianas, con mecanismos objetivos de cimentación y respeto a estos principios como la eliminación de visas a los extranjeros y la consolidación de una norma orgánica de movilidad humana; la realidad es que no ha llegado a aplicarse eficazmente porque no se encuentra instrumentalizado acorde a las necesidades que emanan de los derechos de las personas migrantes en el territorio ecuatoriano con leyes positivas, chocando de esta manera con la realidad por las incoherencias de la normativa secundaria que existe en la actualidad, que no guarda concordancia con el artículo 416 y más preceptos emanados de la Constitución de la República; otra razón más para estudiar a la ciudadanía universal como fundamento de los derechos de los migrantes, que justamente tiene esa misma calidad, la de *derecho humano*.

3.2 Estudios Migratorios. Securitización *versus* fronteras abiertas

La migración en la actualidad, independientemente del lugar donde se origina, transita o se establece, comprende una situación que *no puede parar*; “la concepción sobre las migraciones y su control que subyace a la idea de gobernabilidad de los flujos migratorios como finalidad: las migraciones internacionales son como el agua. Dado que no se las puede detener, es necesario encauzarlas.” (Domenech, 2013: 12). Es así que existe normativa y políticas públicas dentro de ese tema, sólo que las unas y las otras se han inclinado hacia la securitización o hacia el pleno ejercicio de la movilidad humana o del derecho a la ciudadanía universal.

Tenemos entonces a la regionalización de la política migratoria, que es un elemento del proceso global de transnacionalización de la política de migraciones internacionales, situación promovida por agencias tales como la Organización

Internacional para las Migraciones (OIM) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que han coadyuvado de esta manera a la conformación de un régimen mundial de control del flujo migratorio. (*Ibíd.*: 2). Este control pretendería aproximar a los derechos humanos con la seguridad, mediante el nexo del desarrollo, en este caso de políticas de control con rostro humano, que como se había señalado anteriormente, tienen a los derechos humanos como herramienta de legitimación, pero su objetivo, el de controlar los flujos migratorios, es igual que el de las políticas más restrictivas. (*Ibíd.*: 2) La configuración de este sistema es difícil, ya que mientras los países y la comunidad internacional protegen y defienden los derechos humanos de los migrantes,

justifican y validan al mismo tiempo, por acción u omisión, las medidas selectivas de visado, los rechazos en frontera, el uso de la biometría en los controles de ingreso y permanencia, los centros de internamiento de extranjeros y las deportaciones o expulsiones. (*Ibíd.*: 3)

Sin embargo, la consecución de este régimen novedoso, podría cristalizarse a partir de la confianza entre los Estados y con ella, su entendimiento mutuo en asuntos migratorios; dejando de lado las divisiones entre Estados y dentro de los mismos, para coordinar y así armonizar posiciones; e, innovando la normativa, políticas públicas y acciones dentro del tema. (*Ibíd.*: 5). Argentina se ha arriesgado a optar por la gobernabilidad migratoria, dejando atrás la doctrina del control para equilibrar su discurso gracias a la participación de actores internacionales como la OIM y organismos de la sociedad civil, comprometidos con el desarrollo de la idea de los derechos humanos. (*Ibíd.*: 10); sin embargo en la práctica han regulado los flujos migratorios, en especial los “irregulares”, antes de garantizar los derechos humanos de los inmigrantes, dictados por su normativa interna. Una vez identificado y legalizado este grupo poblacional, se encauzaría la mano de obra de los inmigrantes donde la Argentina necesite, para que no se saturen los servicios públicos como el de la salud. (*Ibíd.*: 12)

Al parecer, la receta para *canalizar el agua* de los flujos migratorios es la siguiente:

[...] la protección de los derechos humanos de los migrantes y la administración efectiva de la migración –asegurar que la migración sea ordenada y predecible y, en consecuencia,

más manejable- están estrechamente interrelacionados; dicho nexo sería el ‘eslabón perdido’ [...] la violación de los derechos humanos provocaría ‘flujos migratorios desordenados y no deseados’, al mismo tiempo que el carácter ‘desordenado’ y ‘no deseado’ de estos movimientos supondría un riesgo mayor de violación de los derechos humanos. Todo ello conduciría a que la ‘administración de la migración’ se haga ‘más difícil y costosa, tanto en términos humanos como financieros’ (*Ibíd.*: 11)

Por otro lado, la gestión de la migración en otros países sudamericanos, como es el caso de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, ha tenido cuatro aristas: una securitización que aún se encuentra latente; la defensa de los derechos humanos de los migrantes; la gestión que relaciona a la migración con las posibilidades de desarrollo de los países de origen; y, la vinculación de los estados con sus migrantes mediante mecanismos culturales, políticos y económicos. (Araujo y Eguiguren, 2009: 2 y 3)

Al hablar del Ecuador, tenemos a la aplicación de la Doctrina de Seguridad Nacional desde los años setenta del siglo pasado, con las Leyes de Migración y Extranjería; luego viene el derecho al voto para los ecuatorianos en el exterior con la Constitución de 1998; la tipificación del tráfico ilegal de personas en el Código Penal en 2001 y su reforma en 2006; la creación de la Dirección General de Apoyo a los Ecuatorianos en el Exterior en 2000; la creación de la Subsecretaría de Asuntos Migratorios y Consulares en 2003; el Acuerdo entre la República del Ecuador y el Reino de España Relativo a la Regulación y Ordenación de los Flujos Migratorios en 2001; y los Planes Nacionales como el de Política Exterior en 2006 o el Plan de Desarrollo Humano de las Migraciones (2007-2010); la creación de la Secretaría Nacional del Migrante SENAMI en 2017; y, con el advenimiento de la Constitución de 2008, se avanza enormemente en el tema migratorio, gracias al reconocimiento del derecho a migrar; la prohibición de discriminación por la condición migratoria; el voto facultativo de los extranjeros en el Ecuador (*Ibíd.*: 6); y, la ciudadanía universal.

Sin embargo, lo que ha primado en el país es definitivamente la securitización, mediante controles fronterizos y la regulación de los flujos inmigratorios, mediante el establecimiento del requisito de pasado judicial a los ciudadanos colombianos a finales de 2008; es decir que se ha priorizado a la soberanía nacional sobre los derechos individuales de ciudadanía. (*Ibíd.*: 8).

3.3 La Ley Orgánica de Movilidad Humana

Ahora, utilizando la teoría de Alexy, hablaremos de la libre movilidad humana, lo que según la Ley Orgánica de Movilidad Humana –como derecho instrumental que aterrizaría la aplicación de la ciudadanía universal-, es

El reconocimiento jurídico y político del ejercicio de la ciudadanía universal, implica el amparo del Estado a la movilización de cualquier persona, familia o grupo humano, con la intención de circular y permanecer en el lugar de destino de manera temporal o definitiva. (Asamblea Nacional, 2017: s/p)

Recordando que la misma Ley establece que la ciudadanía universal es

El reconocimiento de la potestad del ser humano para moverse libremente por todo el planeta. Implica la portabilidad de sus derechos humanos independientemente de su condición migratoria, nacionalidad y lugar de origen, lo que llevará al progresivo fin de la condición de extranjero. (*Ibíd.*)

Ambas definiciones constan como principios de la Ley en su artículo 2 y están compuestos por los derechos de libre movilidad humana, libertad de residencia y derecho a la no discriminación; derechos fundamentales contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos que se estudió en el subcapítulo 2.1 de este mismo trabajo. Los derechos fundamentales, según el autor son normas de principio que ordenan –es decir, son imperativas- la realización de algo en su más alta medida, en atención a las posibilidades materiales y jurídicas. Es decir que son mandatos que se fundamentan en la naturaleza del ser humano, como prerrogativas altas pero racionales y morales que deben ser protegidas, respetadas y ejercidas y, que requieren de normas que especialicen dicha protección y ejercicio, además de recursos materiales que hagan eso posible en la realidad.

La libre movilidad humana, que es la manifestación y herramienta de la ciudadanía universal, es un derecho humano, establecido como principio en la legislación ecuatoriana pero que de igual manera, requiere de normas secundarias que garanticen su pleno ejercicio y eso es algo que no está sucediendo. Se está ponderando erróneamente en el

Ecuador, entre este principio y todas las demás circunstancias que se están sobreponiendo encima de él, ya que el amparo estatal a la movilización de las personas dentro de su territorio, con el fin de circular o radicarse temporal o definitivamente, está siendo perjudicado, para dar importancia a formalidades, sacrificando de esta manera lo que es justo para las personas en movilidad humana.

En primer lugar la *condición de extranjero* sigue imperante en toda la Ley, por lo que se ha hecho caso omiso al principio de la ciudadanía universal, a pesar de que la misma Ley señala dentro de sus principios en el artículo 2: “El Estado propenderá la eliminación de distinciones innecesarias en razón de la nacionalidad o la condición migratoria de las personas, particularmente aquellas establecidas en normas o políticas públicas nacionales y locales.” (*Ibíd.*) Es así como se ha ponderado erróneamente entre la *caduca* adjetivización del Código Civil¹³ y lo que establece el principio de ciudadanía universal.

Otro inconveniente que se encuentra en la mencionada Ley es la que reduce enormemente las posibilidades de que una persona proveniente de otro país y que solicite una visa humanitaria por ser víctima de desastres naturales o ambientales, no la pueda obtener debido a que puede constar como “una amenaza o riesgo para la seguridad interna según la información que dispone el Estado ecuatoriano” (*Ibíd.*) Y digo que se puede reducir enormemente las posibilidades de que a una persona el Ecuador le entregue una visa humanitaria, debido a que es muy ambiguo el hecho de que el país contenga una especie de base de datos que atribuya el calificativo de amenaza para la seguridad interna a una persona en movilidad humana, sin que se legitime esa información; probablemente ni siquiera se sepa jamás de dónde salió, cuál es su fuente y cómo sería la forma de defenderse ante tales acusaciones porque deberían ser fundamentadas y motivadas; quizá se debería completar esta norma o reglamentarla señalando que el hecho de que se considere una amenaza para la seguridad interna de la nación, debería constar en una sentencia ejecutoriada que señale tal circunstancia. Insisto en que no debería existir este tipo de norma, debido a que inclusive, dentro de los requisitos para la obtención de la residencia temporal, se encuentra un certificado de antecedentes penales del país de

¹³ “Art. 41.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídanse en ecuatorianos y extranjeros.” (Congreso Nacional, 2005; s/p)

origen o en los que hubiese residido la persona que la está solicitando (*Ibíd.*), lo que ya contendría la información acerca de si es o no una amenaza para la seguridad interna del Estado; sin embargo en este artículo 61 de la Ley, que es donde se encuentran estos requisitos, señala en su segundo inciso que “se exceptúan en lo que corresponda, los requisitos previstos en este artículo a las personas en situación de protección internacional por el Estado ecuatoriano” (*Ibíd.*), donde se encuentran las que solicitarían la visa humanitaria, lo que sería erróneo puesto que no hay sentido en que se les *indulte* de alguna manera, al no solicitarles un certificado de antecedentes penales a las personas que requieren la visa de ayuda humanitaria, si después se señala en el artículo 58 de la misma Ley, que podrían no obtenerla si es que son considerados una amenaza para la seguridad interna del Ecuador.

Otra inconsistencia es que en el último inciso de este artículo 61 se establece que “en caso de negar la solicitud de residencia esta deberá ser motivada” (*Ibíd.*), lo que justificaría la denegación de la visa de residencia a una persona –por ejemplo- debido a que su en su certificado de antecedentes penales se encontró alguna información relevante, razón por la que esta persona conocerá el fundamento motivado de la decisión de la autoridad para no otorgarle la visa, lo que legitima dicha resolución; mientras que el artículo que regula la visa humanitaria, no prevé explícitamente la motivación al respecto.

En el Reglamento a la Ley en el numeral 3 de su artículo 29, persiste esta ambigüedad, al hablar de las visas de residentes:

3. Sí mediante informe remitido por la Autoridad competente se tiene conocimiento de que una persona extranjera solicitante de visa es considerado como una amenaza o riesgo para la seguridad interna por estar vinculada a organizaciones criminales o situaciones análogas, según información que dispone el Estado ecuatoriano, la autoridad de movilidad humana negará la solicitud y archivará el expediente en razón de la potestad que tiene el Estado ecuatoriano para conceder o negar una visa a una persona extranjera¹⁴. Asimismo, si la autoridad de movilidad humana durante la revisión documental, considera necesario,

¹⁴ Esta potestad estatal se encuentra en el artículo 67 de la Ley. Sin embargo la misma norma no señala explícitamente que motivará la concesión o negación de una visa, mientras que sí establece que motivará la cancelación o la revocación de una visa (Asamblea Nacional, 2017: s/p), situación por demás incongruente.

podrá solicitar el criterio a las instancias correspondientes, previo al otorgamiento de la visa. (Asamblea Nacional, 2017: s/p) (El subrayado me pertenece)

En el Reglamento ya se habla de un informe remitido por la Autoridad competente pero se sigue sin establecer si la misma es nacional o internacional o del país de donde proviene la persona que solicita la visa en nuestro territorio y, así mismo, se insiste en que se otorgará la visa o no “según información que dispone el Estado ecuatoriano” (*Ibíd.*), lo que proporciona indefensión y falta de una razón motivada para que se le niegue algún tipo de visa a la persona solicitante. Inclusive, la información que denote que la persona está vinculada a organizaciones criminales o situaciones análogas, a más de que recae nuevamente en la ambigüedad porque no se conoce cuáles serían estas situaciones análogas, se considera un tipo de información que, como se señaló anteriormente, estaría implícita dentro del certificado de antecedentes penales que se le solicitaría a la persona que requiera de una visa ecuatoriana.

En base a lo anterior es que en este caso, la potestad del Estado ecuatoriano para negar una visa a una persona extranjera, no justifica el perjuicio a su principio de libre movilidad y por ende, al de la ciudadanía universal, si es que se lo hace porque la persona es considerada una amenaza para la seguridad interna del Estado, en base a información ambigua de la misma nación.

La Ley de Movilidad Humana tiene entre sus principios rectores en su artículo 2 la prohibición de criminalización, que consiste en: “Ninguna persona será sujeta de sanciones penales por su condición de movilidad humana. Toda falta migratoria tendrá carácter administrativo” (*Ibíd.*); sin embargo no sólo es que no se criminalizará la condición de movilidad humana de una persona, sino que la única vía que se establece para apelar alguna decisión de la autoridad es administrativa, es decir que no existe un acceso a la vía jurisdiccional explícitamente, muy a pesar de que el artículo 47 señale que habrá acceso a la justicia en igualdad de condiciones, de acuerdo a la Constitución, la ley y los instrumentos internacionales en vigencia. (*Ibíd.*)

El control jurisdiccional no está establecido para el procedimiento que reconoce a una persona refugiada; entre las garantías del debido proceso que se contemplan dentro

de este proceso se encuentra el numeral 5 del artículo 99: “El solicitante será notificado por escrito de todas las decisiones tomadas y podrá presentar recursos administrativos con efecto suspensivo de las resoluciones de la autoridad competente” (*Ibíd.*); así mismo, dentro de la regulación para la inadmisión de la solicitud de refugiado, es mucho más explícito este vacío legal, por cuanto esto determina el artículo 103:

Una vez calificada la solicitud como inadmisibile, se podrá recurrir la misma en vía administrativa conforme al reglamento de esta Ley. En caso de que la resolución firme niegue la solicitud, la persona deberá abandonar el país en un plazo máximo de quince días o se iniciará el procedimiento de deportación conforme a esta Ley. (*Ibíd.*)

Es decir que no se le está dando la oportunidad a la persona que requiere se le reconozca su condición de refugiada, para que impugne la decisión administrativa en la vía judicial, sino que la Ley es clara en pedirle que una vez impugnada la resolución administrativa en esa misma vía, tiene quince días para abandonar voluntariamente el país y, si es que no lo hiciese así, tendrá que someterse a la deportación. Eso mismo establece la Ley en los casos de salida voluntaria, en su artículo 142:

Cuando una persona extranjera no ha regularizado su situación migratoria en el Ecuador en el término establecido en esta Ley, la autoridad de control migratorio le notificará la obligación de salir del país en un plazo de treinta días, de no cumplirse este plazo se iniciará un procedimiento de deportación. (*Ibíd.*)

E inclusive, dentro de este proceso de deportación, el numeral 4 del artículo 144 de la Ley, establece lo siguiente:

Una vez concluida la audiencia, la autoridad de control migratorio emitirá de forma inmediata resolución motivada, la que será notificada al administrado por escrito en un término no mayor a cuarenta y ocho horas. La resolución administrativa podrá ser objeto de recurso de reposición y apelación, de conformidad con la norma que regula los procedimientos administrativos. (*Ibíd.*)

Es decir que no aparece la posibilidad de rever el proceso de deportación en vía jurisdiccional. Además de lo anterior, existe un vacío legal muchísimo más visible, que ni siquiera fue subsanado con el Reglamento a la Ley, sino todo lo contrario; lo complicó.

El tercer inciso del artículo 144 de la Ley, dentro del procedimiento de deportación, señala: “Una vez que se cuente con la resolución en firme se procederá conforme al reglamento de esta Ley.” (*Ibíd.*); y, el Reglamento a la Ley, en el inciso cuarto de su artículo 141, dentro del procedimiento administrativo para la deportación, establece que “Una vez que se cuente con la resolución en firme se procederá de conformidad a lo que establezca la normativa que se dicte para el efecto.” (Asamblea Nacional, 2017: s/p) No queda claro si es que el Reglamento remite nuevamente a la Ley de Movilidad Humana para que se establezca el siguiente paso para proceder luego de la resolución en firme de deportación -es decir aquella que ya ha sido impugnada en vía administrativa- o, a su vez, el Reglamento lo que hace es informar al administrado que se dictará alguna norma posterior para el efecto, regulación que no ha sido expedida hasta la actualidad, complicando los casos que lleguen a ese punto porque *no se sabrá qué hacer* con la resolución en firme de deportación de una persona.

Es así que, en base a lo anterior, el principio de legalidad, que establece que en el Derecho Público, se hará lo que dicta la Ley –en este caso, la imposibilidad de recurrir en vía judicial las decisiones administrativas en materia de movilidad humana-; está perjudicando al principio de libre movilidad humana de las personas y por ende, el principio que tienen de ciudadanía universal; lo que no está ponderado de la manera más justa. Sin contar con que se está discriminando a las personas en movilidad humana, ya que no se les está dando un libre y justo acceso a la justicia, porque se les está impidiendo que ejerzan sus derechos en la vía jurisdiccional, razón por la que se les estarían impidiendo el goce de los derechos contenidos en los artículos 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que tratan sobre el derecho que tenemos todos los seres humanos al reconocimiento de nuestra personalidad jurídica; la igualdad que tenemos ante la ley; y, la igual protección de la misma a todas las personas. (Organización de las Naciones Unidas, 1948: s/p)

Para finalizar, la Ley Orgánica de Movilidad Humana a manera general, sí representa un avance importante desde aquellas normativas que deroga y que aún tenían muchísimo más enmarcado a un securitismo caduco, por lo que se ven recogidos los instrumentos internacionales en materia de protección a los derechos de los migrantes ratificados por el Ecuador –a más de los señalados anteriormente¹⁵- como son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados; la Declaración de Cartagena sobre Refugiados; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas; y, la Convención para Reducir los Casos de Apatridia.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos observados por regular más humanamente a los derechos de los migrantes en el Ecuador, se siguen presentando inconsistencias, injusticias e incongruencias dentro de la normativa secundaria dentro de la materia, como hemos visto, ya que aún no está del todo armonizada con los principios de ciudadanía universal y de libre movilidad humana, lo que ocasiona vejaciones a los mencionados derechos de las personas en movilidad humana dentro del territorio ecuatoriano; situación que, como se ha insistido a lo largo de este trabajo, podría sistematizarse de mejor manera para lograr la eficacia completa de la aplicación de estos principios, si es que se los establecería como los derechos humanos que realmente son, para evitar arbitrariedades de la autoridad o más bien, propender a la eficacia en la aplicación de estos derechos, ya que el peso que tuvieran los mismos, sería mucho más eficaz a la hora de defenderlos ante la intervención estatal.

¹⁵ En el subcapítulo 3.1 “La ciudadanía universal en la política pública ecuatoriana y latinoamericana”

Capítulo IV. Estudio de casos

En este cuarto y último capítulo, se analizarán dos casos ecuatorianos en los que estén inmersos los derechos humanos de los inmigrantes, a la luz de la Constitución de la República del Ecuador; la Ley Orgánica de Movilidad Humana con su Reglamento; y, los instrumentos internacionales en la materia. Además se medirá y se valorará la política pública, como mecanismo de concreción del derecho, en base a los siguientes indicadores:

- Conocimiento u opinión de los inmigrantes con respecto a los derechos que poseen al tener esa calidad.
- Existencia o no de normativa ecuatoriana basada en los principios de la ciudadanía universal, libre movilidad y paulatino desaparecimiento de la calidad de extranjero.
- Efectividad de instituciones que coadyuven a la aplicación de los principios de ciudadanía universal y al de movilidad humana.
- Ratificación de instrumentos internacionales y armonía de los mismos con las políticas públicas y la normativa nacional.
- Medición del deber estatal de abstenerse de injerir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos de los inmigrantes.

4.1 Acción de Hábeas Data¹⁶

Este proceso fue recabado en la Unidad Judicial de Trabajo, gracias a las indicaciones de la doctora Nina Guerrero, defensora pública en el área de movilidad humana, que, como era de esperarse, tenía más de una historia que contar, donde haya existido violentación de derechos a personas en estas circunstancias. La doctora ha patrocinado y patrocina casos como los que se van a señalar desde antes de que entre en vigencia la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

¹⁶ Causa No. 17371-2017-0266 de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha.

La señora M.B.¹⁷, una mujer colombiana con carnet de refugiada No. 840008504-2 emitido legalmente por el Estado ecuatoriano, acude a la Defensoría Pública para que patrocine su caso. M.B. sufre de insuficiencia renal crónica desde el año 2012 y acudió al sistema nacional de salud para que la sitúen en la lista de espera única nacional de trasplantes que maneja el Instituto Nacional de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células INDOT, razón por la que ha estado en la mencionada lista desde el año 2013 a fin de que pueda recibir un trasplante de riñón.

Sin embargo, el problema radica cuando a mediados de septiembre de 2015, M.B. es retirada de la mencionada lista sin ningún tipo de justificación, lo que ha complicado su situación enormemente. La Defensoría Pública empieza a defenderla solicitando una serie de documentos al INDOT, para así demostrar el clarísimo caso de discriminación del que estaba siendo víctima esta mujer; la habían sacado de la lista por su condición de refugiada, de extranjera, en un acto de indudable naturaleza discriminatoria, vulnerando su derecho humano a la salud, que podía y lo estaba ejerciendo por el hecho de ser humana y con el aval de justamente poseer la calidad de refugiada, reconocimiento estatal de “naturaleza declarativa, civil, humanitaria, apolítica y (que) confiere un estatuto de protección internacional [...]”. (Asamblea Nacional, 2017: s/p) (El paréntesis no pertenece a la cita)

De hecho, no tenían que irse tan lejos para averiguar en qué consiste ser una persona refugiada, ya que en el reverso de su documento de identificación se encuentra claramente que “El titular tiene los mismos deberes y derechos de los extranjeros residentes [...]” Digo esto porque el INDOT responde la primera solicitud de documentación por parte de la Defensoría Pública aduciendo que se solicitó al Director de Extranjería del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana “[...] se emita un criterio a fin de establecer si una persona que está en condición de asilado, refugiado o apatridia (sic) tiene la calidad de ‘extranjero con residencia legal’. De esta manera pueda ingresar en la Lista de Espera Única Nacional.” (INDOT, 2017: s/p); y, que por esta razón no podían atender el pedido de la Defensoría Pública.

¹⁷ Se protege de esta manera, la identidad de la mujer.

Es de extrañarse que toda una institución estatal como es la INDOT, no cuente con tecnócratas jurídicos, en todo caso, que hayan podido solventar la duda de sus directivos, ejecutando una tarea tan básica como es la de revisar la Ley Orgánica de Movilidad Humana en busca de definiciones dentro de la materia.

Es así que la mencionada Ley, en su Capítulo III “Personas extranjeras en el Ecuador”, en su Sección I “Definición, derechos y obligaciones”, contempla el “Derecho a la salud” en su artículo 52, que señala: “Las personas extranjeras que residan en el Ecuador tienen derecho a acceder a los sistemas de salud de conformidad con la ley y los instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano. [...]” (Asamblea Nacional, 2017: s/p)

Las personas extranjeras residentes en el Ecuador son aquellas que han adquirido una categoría migratoria, para su residencia temporal o para su residencia permanente en el país. (*Ibíd.*) Dentro de la residencia temporal se encuentran las personas en protección internacional, que son las

[...] que han sido reconocidas por el Ecuador como asiladas, refugiadas o apátridas y que no cumplan con los requisitos para acceder a una de las categorías migratorias establecidas en este artículo, podrán acceder a la categoría migratoria de persona en protección internacional. (*Ibíd.*)

Es así como empezamos a reconocer que la vulneración de derechos se origina por parte del Estado en un increíble acto de discriminación, que ni siquiera midió las consecuencias del mismo al irse en contra de una persona con una enfermedad catastrófica, que acude al sistema de salud estatal para poder acceder a un trasplante que mejore su condición médica y así su calidad de vida. La falta de conocimiento o, el caso omiso de las normas positivizadas y de aquellas que no requieren de un ordenamiento jurídico de por medio, como son las que atañen a los derechos humanos, son irónicamente desconocidas por el Estado, en desmedro de la salud de las personas.

Volviendo al caso, la Defensoría Pública sigue solicitando al INDOT para que le facilite información de M.B. y aquella sigue negándose a otorgarla; a más de insistir en

que el Ministerio de Relaciones Exteriores aún no resuelve su consulta jurídica, señala que dichos datos son de naturaleza confidencial y que tienen prohibición expresa de divulgarlos. Así mismo, vuelven en su increíble yerro al determinar que

[...] es necesario aclarar que la actividad trasplantológica [...] tiene como finalidad mejorar la calidad de vida de las y los ecuatorianos y los extranjeros residentes legales en el país, que requieren un trasplante de órganos, tejidos y/o células. [...] La Ley Orgánica de Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células, prohíbe realizar actos quirúrgicos de donación y/o implantación a pacientes extranjeros que no sean residentes legales en el país.” (INDOT, 2017: s/p)

A esta segunda negativa, la Defensoría Pública no tuvo otra opción que la de presentar una Acción Constitucional de Hábeas Data, garantía consagrada en el artículo 92 de la Constitución de la República, que dictamina:

Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados. (Asamblea Nacional, 2008: s/p)

Lo anterior en concordancia con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que determina el derecho de acceso a la información; y, que como cita la doctora Nina Guerrero en su escrito de interposición de Hábeas Data “no puede ser

restringido por ‘beneplácito personal de quienes representan en un momento dado a la autoridad estatal’” (Defensoría Pública, 2017: s/p)

Se da entonces la audiencia y se llega al acuerdo conciliatorio en el que el INDOT entregará la información requerida por M.B. exceptuando aquella que al faltar, debe ser solicitada al Hospital Eugenio Espejo; casa de salud que derivó la necesidad de un trasplante de M.B. hacia el INDOT, para que sea incluida en la Lista de Espera Única Nacional.

En el escrito donde el INDOT hace la entrega de la información requerida, con respecto a la faltante, señala lo siguiente:

En marzo de 2016 el INDOT cambia la plataforma informática para registro de pacientes en la Lista Única de Espera Nacional, con el objetivo de optimizar los diversos componentes del proceso de donación y trasplante al Sistema Integrado de Donación y Trasplante SINIDOT, para lo cual se dispuso que los establecimientos de salud conocedores de sus pacientes y únicos valoradores de la situación clínica de cada uno de ellos, proceda a ingresar a los pacientes en lista de espera en este nuevo sistema, por lo cual los establecimientos de salud son los únicos encargados del registro y actualización de datos de los pacientes. (Chiriboga, s/a: s/p)

De esta manera es como el INDOT transfiere la responsabilidad al Hospital Eugenio Espejo para que supuestamente reingrese a M.B. en la lista que estaba siendo soportada por un nuevo sistema, lo que raya en la falta de humanidad y así mismo, carece de verdad, porque, *a riesgo de jugar al papel de juzgador*, M.B. indica que fue retirada de dicha lista desde septiembre de 2015, lo que habría sido seis meses antes del cambio informático que alega el INDOT.

Y, así mismo, no se puede sacrificar la justicia por formalidades. En este caso se entiende que al manejar un derecho tan delicado como es el de la salud, que podría estar entrañando una vulneración al derecho de la vida, no es justo que por un cambio de plataforma informática o por tareas que no le corresponden al usuario del sistema de salud como M.B., se esté perjudicando el ejercicio de sus prerrogativas humanas.

Si fuera esto cierto entiendo que debía haber algún tipo de notificación por parte del INDOT o del Hospital a M.B., ya que debía estar informada de cualquier variación de su *status* en dicha lista, por la gravedad que entraña, para que pueda dar seguimiento al trámite netamente burocrático del que estaba siendo parte. Pienso que el derecho a la salud y el derecho a la vida de una persona, no pueden depender de formalidades ni mucho menos de trámites burocráticos que ni siquiera conocía la persona directamente afectada.

A mi parecer, esto respondió a un caso clarísimo de discriminación. Es así que se vulneró un principio inherente a los derechos humanos, consagrado en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reza: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” (Organización de las Naciones Unidas: 1948: s/p)

En concordancia con los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, al artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República, y; al hablar de políticas públicas, podemos recordar que el Plan Nacional para el Buen Vivir establece a la movilidad humana como un derecho constitucional condenando “todo acto de xenofobia, discriminación y rechazo tanto a nuestros connacionales en el exterior, como a los extranjeros que habitan en nuestro país [...] De esta forma, contribuimos a configurar los principios de una verdadera ciudadanía universal” (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, 2009: 109)

La Ley Orgánica de Movilidad Humana, tiene presente este derecho, como un principio establecido en el incisos 5, 6 y 7 de su artículo 2, que señalan:

Igualdad ante la ley y no discriminación. Todas las personas en movilidad humana que se encuentren en territorio ecuatoriano gozan de los derechos reconocidos en la Constitución, instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y la ley. Ninguna

persona será discriminada por su condición migratoria, origen nacional, sexo, género, orientación sexual u otra condición social, económica o cultural.

El Estado propenderá la eliminación de distinciones innecesarias en razón de la nacionalidad o la condición migratoria de las personas, particularmente aquellas establecidas en normas o políticas públicas nacionales y locales.

El Ecuador promoverá que las personas ecuatorianas en el exterior reciban el mismo tratamiento que las personas nacionales del Estado receptor. (Asamblea Nacional, 2017: s/p)

Este caso, que trascendió a instancias judiciales, finalmente tomó un camino distinto al que empezó motivándolo; es decir, que no hubo oportunidad de profundizarlo en el sentido de la discriminación a la que fue sometida M.B. al haber sido retirada de la lista de espera única nacional porque supuestamente la entidad estatal *no sabía* si un refugiado podía ser beneficiario de un trasplante de órganos; por lo cual se resolvió en el sentido de que hubo un acuerdo conciliatorio en la audiencia de hábeas data, en el que se otorgaba a M.B. la información requerida por ésta con la que reingresaría a la lista y esperaría por su turno para ser beneficiaria del trasplante. Pero, ¿le iban a colocar en el puesto que le correspondía por haber estado en la lista desde el 2013 que ingresó por primera vez?; ¿M.B. estaba interesada en recibir una reparación al haber sido víctima de discriminación? Muy probablemente no. Considero que M.B. se sintió ayudada enormemente con el simple hecho de haber reingresado a la lista que le salvaría la vida; el proceso ya se encuentra archivado en la Unidad Judicial de Trabajo que fue donde recayó la acción constitucional y tengo entendido que no se sabe más al respecto.

¿Qué intención va a tener M.B. de demandar al Estado por discriminación?, si está consciente que las cosas no se manejan correctamente, ni siquiera por el peso que tiene el derecho a la vida y la salud de una persona; al parecer, mucho menos si se trata de una mujer refugiada o extranjera como ella. Prefirió seguir adelante con lo que ya tiene a su favor y aparentemente olvidar lo sucedido

Bajo el esquema de Dworkin para analizar controversias¹⁸, este caso de discriminación:

- Hubiera tenido un derecho a vencer en el conflicto y éste hubiese sido la potestad estatal de vulnerar la salud y la vida de las personas en base a arbitrariedades.
- Existen normas supranacionales y nacionales que garantizan la prohibición de no discriminación, como se ha señalado anteriormente.
- El juez hubiese concedido la victoria a M.B. basándose en el principio inherente a la persona de no discriminación, sin necesidad de revisar derecho positivo que establezca esta máxima jurídica.
- El objetivo social de velar y precautelar por la salud de las personas, está subordinado al derecho y al principio de defensa de la salud y de la vida de cada ser humano.
- Cuando el juez hubiese fundamentado su decisión en el principio inherente a la persona de no discriminación, lo hubiera garantizado efectivamente.

4.2 Acción de Hábeas Corpus¹⁹

Este otro proceso fue recabado en la Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer y la Familia, nuevamente gracias a las indicaciones de la doctora Nina Guerrero, defensora pública en el área de movilidad humana.

Dentro de este caso, es otra mujer a la que se le vulneraron sus derechos: Y.V., de nacionalidad cubana, con visa regular de trabajo vigente hasta el 26 de mayo de 2017, que ingresó al Ecuador en el año 2013 con su esposo, fue retenida ilegalmente en el Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de la ciudad de Quito, del 13 al 24 de noviembre de 2016, porque supuestamente se le habría verificado una causa de exclusión del año 2013. Fue enviada a Cuba el 17 de noviembre en contra de su voluntad, pero las

¹⁸ Se encuentra en el subcapítulo 2.2 “Normas y principios” de este mismo trabajo.

¹⁹ Causa No. 17571-2016-01053 de la Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer y la Familia – 1 de Pichincha.

autoridades de ese país la devolvieron ese mismo día debido a que al haber residido más de 24 meses fuera de sus fronteras, hizo que Y.V. perdiera su nacionalidad cubana.

Es así que esta persona fue privada de su libertad de una forma arbitraria e ilegítima en el aeropuerto, sin que medie una orden judicial al respecto, sin que se conozcan las condiciones en las que se encontraba, sin que se haya podido dirigir a otras áreas del aeropuerto, mucho menos salir de ahí; y, sin ninguna posibilidad de comunicarse con nadie; todo esto debido a una causa de exclusión que de existir, no le hubiese permitido la entrada al país, mucho menos el otorgamiento a su favor de una visa de trabajo, que fue renovada en el año 2015. Es decir, que la observación de la supuesta causa de exclusión no dependía de Y.V., sino que recae, en todo caso, en la esfera de responsabilidades del Estado, que era el llamado a percatarse de este hecho antes de otorgarle la primera visa de trabajo en el año 2013.

Vale la pena recalcar, que este proceso estuvo bajo las normas del anterior marco jurídico migratorio que fue completamente derogado por la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

Volviendo al caso, desde el año 2013, Y.V. había salido en algunas ocasiones fuera del país; esto gracias a que era una persona residente temporal, que según el artículo 60 de la mencionada Ley consiste en

La condición migratoria que autoriza la estadía de dos años en el territorio ecuatoriano, sujeta a renovación por una sola vez, a la que acceden las personas extranjeras que ingresan al país dentro de las siguientes categorías:

1. Trabajador: quien está autorizado para realizar una actividad remunerada bajo relación de dependencia en el ámbito público, privado o de forma autónoma [...] (*Ibíd.*)

Así mismo, según el primer inciso del artículo 65:

La persona residente temporal podrá ausentarse del país por un periodo máximo de noventa días por cada año, acumulables dentro del periodo de vigencia de su residencia.

En caso de incumplimiento la autoridad de control migratorio impondrá la sanción prevista en las faltas migratorias de esta Ley. (*Ibíd.*)

Es decir que Y.V. se encontraba en pleno y legítimo ejercicio de sus derechos a la libre movilidad otorgados por la Ley al tener una condición migratoria regular, hasta que estos derechos y otros fundamentales fueron vulnerados por parte del Estado en las personas de los directivos de Migración del aeropuerto, que decidieron coartarle la libertad porque supuestamente tenía una exclusión perteneciente al año 2013.

En la derogada Ley de Migración, en su artículo 9, se encontraban las causas de exclusión que hace mención el caso en estudio, que impedían ingresar al país a los extranjeros, además de solicitar algún tipo de visa. Estas causas eran:

- I.- Que con anterioridad hubieran sido excluidos o deportados del país o hubieren sido objeto de similares medidas en otro país por motivos que no sean políticos;
- II.- Que carezcan de pasaporte cuya validez mínima sea de seis meses, expedido por autoridad competente del lugar de origen o domicilio, u otro certificado especial de viaje, reconocido por convenios internacionales vigentes para el Ecuador; y de la respectiva visa vigente y expedida por un funcionario del servicio exterior ecuatoriano;
- III.- Que sean menores de dieciocho años de edad, salvo que se encuentren acompañados de sus representantes legales o viajen con autorización expresa de éstos, autenticada ante un funcionario del servicio exterior ecuatoriano;
- IV.- Que procuren o hayan procurado una visa u otro documento o traten de ingresar al país con fraude o con documentación impropia o irregular;
- V.- Que tengan una visa emitida sin los requisitos legales o no reúnan las condiciones de la calidad o categoría migratorias al tiempo de solicitar su admisión;
- VI.- Que en cualquier tiempo hayan aconsejado, asistido o cooperado para que un extranjero ingrese o pretenda ingresar ilegalmente al país;
- VII.- Que padezcan de enfermedades calificadas como graves, crónicas y contagiosas, tales como la tuberculosis, lepra, tracoma y otras similares no sujetas a cuarentena.

Respecto a individuos atacados por enfermedades tales como peste bubónica, cólera, fiebres eruptivas y otras, se procederá con arreglo a las normas del Código de la Salud y el Código Sanitario Panamericano; y,

VIII.- Que sufran de psicosis aguda o crónica y los inválidos a quienes su lesión les impide el trabajo, excepto cuando cuenten con suficientes recursos económicos que asegure que no serán una carga para el Estado Ecuatoriano. (Congreso Nacional, 2005: s/p)

Como se observa de lo citado anteriormente, en sí, la normativa de movilidad humana, era muchísimo más discriminatoria y caduca, con dejos de una doctrina de seguridad nacional imperante entre sus artículos, como al hablar de las enfermedades graves, crónicas y contagiosas; o, mucho peor cuando hace alusión a enfermedades psicológicas como la psicosis, para rayar mucho más en lo discriminatorio, al hablar de *inválidos cuya lesión les impide trabajar*.

Nada de esto está contenido en la actualidad en la Ley Orgánica de Movilidad Humana; de hecho sólo existen dos causales de exclusión pero para la condición de refugiado, constante en su artículo 106.²⁰

Volviendo al caso en estudio, no se sabe a qué causas de exclusión se refería el analista migratorio que mantuvo restringida a Y.V. por todos esos días en el aeropuerto de Quito. Y, lo que es mucho peor, consta de autos en el proceso que el Consejo Consultivo Especialista de la Dirección de Extranjería del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, en sesiones de 22, 23 y 24 de noviembre –fecha última en la que, por segunda vez, Y.V. fue embarcada definitivamente a Cuba, en contra de su voluntad- resuelve levantar las exclusiones en base al inciso primero del artículo 40 de la Constitución de la República, que determina: “Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria” (Asamblea Nacional, 2008: s/p)

²⁰ “Art. 106.- Causales de exclusión de la condición de refugiado. Será excluida de la protección de refugio aquella persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que la persona:

1. Ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad de los definidos en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado ecuatoriano.
2. Ha cometido un grave delito común fuera del Estado ecuatoriano, antes de ser admitida como persona refugiada. Para efectos de este numeral, se entenderá como grave delito cuando el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevea una sanción superior a cinco años de privación de la libertad.” (Asamblea Nacional, 2017: s/p)

Este mencionado Consejo Consultivo, consta en la Ley de Migración en su artículo 16, de la siguiente manera:

Los extranjeros comprendidos en la causa de exclusión del numeral I del artículo nueve de esta Ley, sólo podrán ser admitidos en el país, previa resolución expresa del Consejo Consultivo de Política Migratoria, transmitida por el Departamento Consular a los funcionarios del servicio exterior ecuatoriano y al Servicio de Migración de la Policía Nacional. (Congreso Nacional, 2005: s/p)

Razón por la que se deduce que la causa de exclusión a la que hace referencia el analista de Migración, responsable de las vulneraciones a Y.V. era la primera del artículo 9 de la Ley de Migración.

Quien hace conocer a la Defensoría Pública de que Y.V. se encontraba privada de su libertad, fue su cónyuge, por lo que la doctora Nina Guerrero emprendió una acción constitucional de hábeas corpus, con el fin de dar por terminadas a las vulneraciones en contra de Y.V. de las que estaba siendo víctima en el aeropuerto de Quito.

El hábeas corpus se encuentra contenido en el artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el artículo 89 de la Constitución de la República:

Art. 43.- Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como:

1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia;
2. A no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional; [...]
5. A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad; [...]
9. A no ser incomunicada, o sometida a tratamientos vejatorios de su dignidad humana;

10. A ser puesta a disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las veinticuatro horas siguientes a su detención. (Asamblea Nacional, 2009: s/p)

Lo anterior porque Y.V. se encontraba ilegalmente privada de su libertad en el aeropuerto de Quito, sin que exista una resolución por escrito y motivada de algún juez competente; además, fue desterrada hacia Cuba en dos ocasiones, en contra de su voluntad; fue incomunicada con todas las personas, inclusive con su cónyuge y su familia; y, no fue puesta a disposición de ningún juez o tribunal en 12 días en los que estuvo privada de su libertad. Es decir que se atentó contra su vida, su integridad física, su libertad, su salud, lo que no se justifica siquiera habiendo cometido alguna falta dentro de cualquier materia jurídica.

Consta de la sentencia emitida por el tribunal *a quo*, que

La Constitución de la República garantiza la libre movilidad de todos los habitantes del planeta, incluidos por supuesto, los ciudadanos de Cuba, al tiempo que propugna el principio de ciudadanía universal y el progresivo fin de la condición de extranjero [...] los extranjeros en nuestro derecho son titulares de Derechos Humanos y fundamentales, de aquellos que contemplan la Constitución del Ecuador y los instrumentos internacionales y que, a los extranjeros deberá tratárseles de acuerdo a su dignidad de persona y respetándoles sus Derechos Humanos. En este sentido toda actividad estatal, incluidas las actividades de control migratorio, debe desarrollarse dentro de esos parámetros [...] no puede constituirse en un acto de violación de derechos humanos fundamentales (Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer y la Familia-1 de Pichincha, 2016: s/p)

La discriminación a la que fue sujeta Y.V. por ser una ciudadana cubana, es un hecho fáctico clarísimo, que desdice mucho de cómo se manejan los asuntos en las esferas estatales, en desmedro de derechos inherentes al ser humano, independientemente de que pertenezcan a determinada raza, religión, nacionalidad, etc. La discriminación llegó a ocasionarle a Y.V. que haya estado limitada en su libertad, un derecho esencial, que “no nace del hecho de pertenecer a un Estado parte en alguna Convención de Derechos Humanos, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana per se” (Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 2017: s/p); es decir que no

está sujeto al reconocimiento estatal, sino más bien al simple hecho de pertenecer al género humano.

El derecho a la igualdad que tiene Y.V. y todas las personas, fue también vulnerado por las autoridades estatales: “el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado” (*Ibíd.*) Así haya existido una razón que justifique su detención, nunca pudo ser bajo esas condiciones porque no responden a lo que es digno para una persona; nunca hubo una orden legítima para su detención y no se le informó qué era lo que estaba sucediendo o cuál sería su fórmula de juicio, porque nunca fue puesta ante un juez; es decir que fueron violentados así mismo, su derecho a un debido proceso.

Finalmente, la ciudadana cubana nunca regresó –al menos hasta la resolución del proceso por parte del tribunal *ad quem*- al Ecuador, y la Unidad Judicial resolvió en el sentido de que existió vulneración de los derechos fundamentales de Y.V., por lo que se aceptó la acción de hábeas corpus; se dictaminó que no se le impedirá su ingreso al territorio ecuatoriano porque no consta ninguna causa de exclusión en su contra como se había señalado; se ofició al Ministerio del Interior para que se revisen los procedimientos para el control migratorio de los ciudadanos extranjeros en pos de la protección de sus derechos; y, se solicitó enviar una carta de disculpas a Y.V. por parte de la autoridad competente del mencionado control, aceptando el error cometido en contra de ella. La Corte Provincial ratificó esta decisión en su voto de mayoría.

Ahora, bajo el anteriormente mencionado esquema de Dworkin para analizar controversias, este caso de vulneración de los derechos a la libertad, la igualdad y la no discriminación:

- Tuvo un derecho a vencer en el conflicto y éste fue la potestad estatal de vulnerar la libertad y la igualdad de las personas en base a arbitrariedades.
- Existen normas supranacionales y nacionales que garantizan la prohibición de no discriminación, a la libertad y a la igualdad de todos los seres humanos, como se ha señalado anteriormente.

- El juez concedió la victoria a Y.V. basándose en sus derechos fundamentales a la libertad, a la igualdad y al principio inherente a la persona de no ser discriminada, sin necesidad de revisar derecho positivo que establezca esta máxima jurídica.
- El objetivo social de velar y precautelar por la libertad, igualdad y la no discriminación de las personas, está subordinado a los mismos derechos y principios de cada ser humano.
- Cuando el juez fundamentó su decisión en los derechos a la libertad, la igualdad y en el principio inherente a la persona de no discriminación, los garantizó efectivamente, así haya sido después de su vulneración.

Con respecto a la política pública que comprende a la normativa vigente en nuestro país, como mecanismo de concreción del derecho, ha sido medida y valorada según los casos *ut supra* de la siguiente manera:

- El conocimiento de los inmigrantes con respecto a los derechos que poseen al tener esa calidad es muy básico y la opinión que tienen al respecto – según los casos que hemos visto- no es *para nada* buena, esto debido a que no se les informa adecuadamente de sus prerrogativas en el proceso en el que piden algún tipo de protección humanitaria y cuando ya la obtienen; o, cuando simplemente solicitan la residencia temporal o permanente en el país y, cuando de igual manera ya gozan de esos derechos, ya que por sí solos, parecería que no pueden ejercerlos porque el Estado no coadyuva a eso, ya que vulneran sus derechos, posean o no una condición migratoria regular. Y la opinión que los inmigrantes tienen con respecto a sus derechos, como decía, no debe ser tan buena porque son víctimas de discriminación y una serie de obstáculos para ejercerlos, que de seguro les provoca más de una incomodidad o miedo de cometer el mínimo error de buena fe dentro del tema migratorio o, lo que es peor, están conscientes de que sus derechos no son efectivos en su ejercicio y aplicación a su favor, como en la situación de M.B. y Y.V.

- Vemos que sí puede existir normativa ecuatoriana basada en los principios de ciudadanía universal, libre movilidad y paulatino desaparecimiento de la calidad de extranjero pero, a más de que existen vacíos legales e inconsistencias en las mismas –como se ha visto en el desarrollo de este trabajo- también sufren de inaplicación e inefectividad; porque desaparecen a la hora de solventar problemas en pro del inmigrante o, porque simplemente, el Estado hace caso omiso de ellas y actúan arbitrariamente en desmedro de estos derechos de las personas inmigrantes.
- La efectividad de las instituciones que coadyuvan a la aplicación de los principios de ciudadanía universal y de movilidad humana y, de los derechos fundamentales, como se ha visto, no es bueno sino más bien es deplorable, ya que ni siquiera conocen de la normativa imperante en el país o no la entienden o no la interpretan a favor de las personas inmigrantes, por dar paso a la discriminación y la injusticia en su actuar, vulnerando seriamente derechos humanos de los inmigrantes.
- La ratificación de instrumentos internacionales y la armonía de los mismos con las políticas públicas y la normativa nacional, vemos que tiene cabida dentro de los considerandos de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, pero no a la hora de aplicarlos -como a los mismos principios de ciudadanía universal y de movilidad humana, mucho peor al hablar de los derechos fundamentales de los seres humanos-. Quizá no es tan difícil parafrasearlos o citarlos íntegramente en la normativa estatal, lo realmente complicado como se puede ver, es que no son efectivos a la hora de aplicarlos.
- La medición del deber estatal de abstenerse de injerir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos de los inmigrantes, es más que claro. Ni siquiera los derechos humanos fundamentales causan algún tipo de precaución a las autoridades estatales a la hora de manejarlos, garantizarlos o protegerlos. El Estado interfiere definitivamente en el

ejercicio de los derechos humanos de los inmigrantes, en desmedro de los mismos y provocando vulneraciones injustas en base a la discriminación o el simple caso omiso de las normativas –y de la naturaleza del ser humano-

CONCLUSIONES

En base al estudio desarrollado, se ha podido concluir de la siguiente manera:

Dentro del tema de movilidad humana, el Estado ecuatoriano, muy alejado de su función de garantizar la paz y la protección de las personas mediante la ley, se ha convertido en el primer agente de vulneración de derechos humanos hacia los migrantes. No existe el reconocimiento y defensa de los mencionados derechos ni mucho menos, el reconocimiento público de la cultura con la que un individuo se puede identificar para que se fortalezca su identidad y crezca su autoestima. La neutralidad estatal en medio de una convivencia multicultural como es la ecuatoriana, no se da y más bien constituye un impedimento para el goce pleno de los derechos fundamentales de las personas migrantes; razón por la que no hay un forjamiento local eficaz de la ciudadanía universal para convertir a los seres humanos en una comunidad.

Los derechos humanos no requieren siquiera de reconocimiento estatal para que puedan ser ejercidos y protegidos a cabalidad y, siendo *definitivamente* la ciudadanía universal *un derecho humano* contenido en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, debería establecerse como tal en la Constitución de la República del Ecuador y no sólo como un principio de las relaciones internacionales, para que la libre movilidad y la libre residencia de los seres humanos, conste como un derecho humano, dentro de su artículo 66 del Capítulo Sexto “Derechos de libertad”, donde se habla del reconocimiento y garantía de sendos derechos a las personas, como el de la vida, la integridad personal, entre otros, sin que exista diferenciación alguna en su efectiva aplicación.

Lo anterior debido a que, en base al estudio realizado, los principios, muy aparte de constituir directrices alusivas a la justicia y a la equidad, además de entrañar razones para decidir de cierta manera en una contienda donde se encuentren en juego derechos y obligaciones, no contienen el mismo peso o contenido material que sí tienen los derechos individuales; ya que estos últimos presentan consecuencias jurídicas de la acción u omisión de los mismos, mientras que los principios no, lo que hace que pierdan efectividad. Es decir que la ciudadanía universal debería establecerse como un derecho

frontal con aplicación directa y expedita, más no como una herramienta del juzgador que pueda usarla o no, al momento de fundamentar fallos puestos a su conocimiento.

Finalmente, se concluye que a pesar de los esfuerzos ahondados por regular más humanamente a los derechos de los migrantes en el país, se siguen observando inconsistencias como en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, la que aún no se encuentra armonizada con la Constitución de la República, empezando por el hecho de que sigue constando la ciudadanía universal como un principio de las relaciones internacionales, mas no como un derecho fundamental. Las incongruencias dentro de la mencionada Ley Orgánica vulneran los derechos humanos de los migrantes, independientemente de lo anterior, debido a los vacíos que establece y que se analizaron dentro de este trabajo.

RECOMENDACIONES

En base al estudio realizado y a las conclusiones obtenidas se recomienda lo siguiente:

Se debería reformar a la Constitución de la República del Ecuador, señalando a la ciudadanía universal como un derecho humano fundamental, mas no como un principio de las relaciones internacionales; lo que decantaría en una reforma masiva de la normativa secundaria para armonizarla con la nueva Ley Fundamental, donde obviamente se encuentra la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

A más de la reforma anterior en la mencionada Ley, debería aprovecharse solventando también los problemas que hoy por hoy se encuentran implícitos en la misma, debido a las incongruencias y vacíos que se analizaron pertinentemente en este trabajo.

Y, por último y quizá, como recomendación más importante, es un llamamiento generalizado al poder estatal, para que revean su actuación que ha vulnerado los derechos de muchísimas personas en movilidad humana en base a una discriminación descarada que pone en tela de duda el papel del Estado como protector primigenio de los derechos fundamentales. Ninguna reforma magistral del ordenamiento jurídico será efectiva si es que es el mismo ente estatal quien hace caso omiso de ellas y más bien se convierte en el sujeto activo de violentaciones injustas hacia aquellos que por uno u otro motivo, han escogido al Ecuador como su lugar de destino, donde quieren mejorar su vida o, donde quieren refugiarse de una realidad terrorífica que atentaba contra su vida e integridad.

No hay justificación para la discriminación ni para las arbitrariedades. Todos somos seres humanos y tenemos los mismos derechos a ser felices.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (2009) “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” Revista *Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. No. 11. Recuperado el 15/07/2017 de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24529.pdf>
- Araujo Lorena y María Mercedes Eguiguren (2009) “La gestión de la migración en los países andinos: entre la securitización y los vínculos diaspóricos”. *Andinamigrante* No. 3: 2-10. FLACSO Sede Ecuador. En <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/197/1/BFLACSO-AM3-02-Araujo.pdf>
- Arcentales Illescas, Javier y Susy Garbay Mancheno (2012) “Informe sobre movilidad humana, Ecuador 2011”. Quito: Coalición por las migraciones y el refugio. Versión electrónica: <https://movilidadhumana.files.wordpress.com/2012/07/informe-movilidad-humana-ampliado.pdf>
- Asanza Guerra, Luis (2013) “Promesas y amenazas de la ciudadanía universal, a partir del caso del Ecuador” Disertación de grado previo a la obtención del título de sociólogo con mención en Ciencias Sociales aplicadas a las Relaciones Internacionales. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Versión electrónica: <https://goo.gl/6XkKjr>
- Asanza Miranda, Felipe (2014). “La movilidad humana y la ciudadanía universal como derecho constitucional en el Ecuador. Apuntes sobre su constitucionalización e internacionalización”. En Vargas Mendoza, Marcelo, Andrea Navarro y José Javier Villamarín (ed.). Tinta Jurídica. Quito: Universidad Internacional Sek: 115-142.
- Asamblea Constituyente (2008). “Constitución de la República del Ecuador”. Montecristi. Versión electrónica: <http://ow.ly/6yk630grz1S>

Asamblea Nacional (2009) “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional” Quito. Versión electrónica: <http://bit.ly/2hTokmO>

Asamblea Constituyente (2017). “Ley Orgánica de Movilidad Humana” Quito. Versión electrónica: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/multimedios-legislativos/38946-ley-organica-de-movilidad-humana>

Asamblea Constituyente (2017) “Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana” Quito. Versión electrónica: http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2017/08/decreto_111.pdf

Ayala Méndez, Álvaro Alexander (2012) “Ciudadanía universal: hacia la construcción de una ciudadanía de la emancipación” Revista *VIA IURIS* No. 15. Recuperado el 13/03/2017 de <http://www.redalyc.org/pdf/2739/273931062010.pdf>

Bel Adell, Carmen (2002) “¿Fronteras abiertas, fronteras cerradas?”. *Papeles de Geografía* No. 35, s/v: 5-15

Chiroboga Zambrano, Rubén Darío (s/a) *UNIDAD JUDICIAL DE TRABAJO CON SEDE EN LA PARROQUIA DE IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO. PROVINCIA DE PICHINCHA*. Quito.

Congreso Nacional (2003) “Código de la Niñez y Adolescencia” Quito. Versión electrónica: <http://bit.ly/2v3UQda>

Congreso Nacional (2005) “Ley de Migración” Quito. Versión electrónica: <http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2015/09/LEY-DE-MIGRACION-CODIFICACION.pdf>

Congreso Nacional (2005) “Código Civil”. Quito. Versión electrónica: <http://bit.ly/2iFREx2>

Cortina, Adela (1997). *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza Editorial, S.A.

Defensoría Pública (2017) *ACCIÓN DE HÁBEAS DATA*, por Nina Guerrero. Quito.

Domenech, Eduardo (2013). “Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano”. *Polis* [En línea], 35. En <http://polis.revues.org/9280>

Dworkin, Ronald (1989). “Los derechos en serio” Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Estados Americanos (1937) “Protocolo Adicional Relativo a la No Intervención” Buenos Aires. Versión electrónica: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-15.html>

Fontaine, Guillaume (2015). *El análisis de políticas públicas. Conceptos, teorías y métodos*. Quito: ANTHROPOS, FLACSO.

Góngora-Mera, Manuel (2012) “La tutela trans-jurisdiccional del migrante como sujeto transnacional de derechos en la Constitución del Ecuador”, en: Bogdandy, Armin von et al. (Coord.): *La tutela jurisdiccional de los derechos: Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, San Sebastián: Universidad del País Vasco: 481-507.

Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células INDOT (2017) *Oficio No. INDOT-INDOT-2017-0489-O*, por Rubén Darío Chiriboga Zambrano. Quito.

Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células INDOT (2017) *Oficio No. INDOT-INDOT-2017-04517-O*, por Rubén Darío Chiriboga Zambrano. Quito.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC (2017) “Flujo migratorio – entradas”. Recuperado el 26/04/2017 de: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/vdatos/>

Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad.

López Canellas (2014) “Teoría Social de las Relaciones Internacionales, Wendt – Teoría de las RRII2” Versión electrónica: <http://bit.ly/2As5zP4>

OIM Organización Internacional para las Migraciones (2005). *Derecho Internacional sobre Migración. Migraciones y protección de los Derechos Humanos*. No. 4. Suiza: Organización Internacional para las Migraciones.

Organización de las Naciones Unidas (1948) “Declaración Universal de los Derechos Humanos” París. Versión electrónica: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1969) “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados” Viena. Versión electrónica: http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Pérez de la Fuente, Óscar (2010) “*Ius migrandi*, fronteras y ética de la alteridad” III Jornadas Políticas Migratorias, Justicia y Ciudadanía. Madrid, España. Versión electrónica: <https://goo.gl/iogizK>

Quiloango Tipanluisa, Susana (2011) “Políticas públicas migratorias en el Ecuador” Quito: Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS. Versión electrónica: <https://goo.gl/c1T7Lh>

Rawls, John (2001). *El derecho de gentes y <<una revisión de la idea de razón pública>>* Barcelona: Paidós.

Rodríguez Agudelo, Germán Daniel y Julián Antonio Navarro Hoyos (2014) “La implementación del principio de ciudadanía universal en la Constitución de Ecuador de 2008” *Revista Vía Inveniendi Et Judicandi* No. 2. Recuperado el 24/02/2017 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/1160>

Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (2017) Sentencia del proceso No. 17571-2016-01053. Quito. Jueza Ponente: Anacélida Burbano Játiva.

Schouten, Peer (2007) “Teoría social de la política internacional. Alexander Wendt y el constructivismo social en las Relaciones Internacionales” Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Versión electrónica: <http://bit.ly/2hcD67z>

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES (2009) “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013”. Quito. Recuperado el 15/04/2017 desde dirección electrónica: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional#tabs2>

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES (2013) “Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017” Quito. Recuperado el 15/04/2017 desde dirección electrónica: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional#tabs1>

Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer y la Familia-1 de Pichincha (2016) Sentencia del proceso No. 17571-2016-01053. Quito. Jueza Ponente: Mercy López Martínez.

Valle Franco, Alex (2009). “El derecho a tener derechos”. En Pérez Ruales, Nicole y Alex Valle Franco (ed.) *Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: 3-30.

Velásquez Rivera, Edgar de Jesús (2002) “Historia de la Doctrina de la Seguridad Nacional” *Revista Convergencia* No. 27: 11-39 Recuperado el 10/05/2017 de <http://convergencia.uaemex.mx/article/view/1723/1304>

Wendt, Alexander (1999). *Social Theory of International Politics*. Nueva York: Cambridge University Press.