

& Diálogo 2

Ponentes:

Ministro Luís Roberto Barroso
Magistrado en retiro Manuel José Cepeda Espinosa
Jueza Vicepresidenta Daniela Salazar Marín



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Dra. Marie-Christine Fuchs
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer



Ministro Luis Roberto Barreto
Supremo Tribunal Federal de Brasil



Magistrado en retiro Manuel José Cepeda Espinosa
Corte Constitucional de Colombia



Jueza Daniela Salazar Murín
Corte Constitucional del Ecuador



Dirección General de
Relaciones
Institucionales

Diálogos entre **jueces y juezas constitucionales de América Latina** 2da. Edición

Ministro Luís Roberto Barroso*

* Supremo Tribunal Federal de Brasil.

Síntesis curricular

En 1980 obtuvo el título de abogado por la Universidad del Estado de Río de Janeiro. En 1989 obtuvo el grado de Maestría por la Escuela de Derecho de Yale y en 2011 realizó estudios de Post Doctorado en la Escuela de Derecho de Harvard.

Desde el año 2013 es Ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil.

Cuenta con más de una docena de libros y más de cincuenta artículos publicados.

En 2018 fue nombrado Investigador de la Escuela de Gobierno John F. Kennedy (Harvard Kennedy School).

Exposición

Después de agradecer la invitación y saludar a los y las colegas que participaron en el segundo Diálogo, el Ministro Luís Roberto Barroso dio inicio a su ponencia con una breve introducción sobre el *constitucionalismo democrático*. Mencionó que éste es una forma de arreglo institucional que fue adoptado de manera tardía por la mayoría de los países del continente americano y se basa en la fusión de dos ideas distintas que se desarrollaron por diferentes trayectorias, pero que se consolidaron a mediados del siglo XX: democracia y constitucionalismo. Por un lado, constitucionalismo significa poder limitado y respeto a los derechos fundamentales; por el otro, la democracia hace referencia a la soberanía popular y al gobierno de la mayoría. En este sentido, señaló que el constitucionalismo es producto de las revoluciones liberales del siglo XVII hasta la Revolución Francesa de finales del siglo XVIII; y la democracia se consolida a mediados del siglo XX con el sufragio universal, con lo cual se superan las restricciones de género, religión, raza y educación que hasta entonces habían predominado.

Aunado a lo anterior, el Ministro destacó que el constitucionalismo democrático se caracteriza por la existencia de soberanía popular, elecciones libres y periódicas, Estado de derecho, poder limitado y respeto

a los derechos fundamentales, incluso el mínimo existencial. No obstante, entre democracia y constitucionalismo surgen conflictos y tensiones que son —en la mayoría de las democracias constitucionales— sometidos al arbitraje de las cortes supremas o tribunales constitucionales, instancias que desempeñan un papel importante. Asimismo, el constitucionalismo democrático se ha posicionado como la ideología victoriosa del siglo XX, derrotando así al comunismo, fascismo, dictaduras militares y fundamentalismos religiosos. Para el siglo XXI, de acuerdo con la *Freedom House*, 119 países en el mundo tenían regímenes que se podían caracterizar como democráticos.

Sin embargo, el Ministro Barroso destacó que en diferentes partes del mundo hoy el constitucionalismo democrático enfrenta una serie de dificultades y riesgos que han sido interpretados como recesión o retrogresión democrática, entre los que destacan algunos ejemplos como Hungría, Polonia, Turquía, Rusia, Ucrania, Georgia, Filipinas y Venezuela. En muchos países actualmente se vive una cierta erosión democrática, donde se ha constatado que no proviene de golpes militares como en los años sesenta, sino de líderes populares electos por el pueblo. De esta manera se identifican tres fenómenos distintos que cuando ocurren simultáneamente ocasionan muchos problemas: populismo, conservadurismo radical y autoritarismo.

A continuación, el Ministro abordó la protección de los derechos fundamentales en Brasil con énfasis en el principio de igualdad cuya idea central es que todas las personas son libres e iguales, por tanto deben ser tratadas con igual respeto y consideración. La idea de igualdad puede entenderse en tres dimensiones distintas: 1) formal, que prohíbe

la discriminación en la ley; 2) material, que refiere a la distribución de poder y riqueza; y 3) como reconocimiento, que enfatiza en el respeto hacia las diferentes identidades existentes y minorías.¹⁰ En ese sentido, la exposición se enfocó en la tercera dimensión, la igualdad como reconocimiento, destacando así algunas decisiones relevantes del Supremo Tribunal Federal de Brasil relativas a mujeres, negros¹¹ y comunidad LGBTI+.¹²

En relación con los derechos de las mujeres, el Ministro Barroso señaló que a pesar de ser una lucha inconclusa en las últimas décadas hemos sido testigos de un ascenso visible de la mujer en diferentes ámbitos como su posición en el matrimonio, la conquista de su libertad sexual, su posición en el mercado de trabajo, entre otras conquistas. A pesar de que en América Latina seguimos siendo sociedades sexistas en actitudes y en lenguaje, los avances son importantes y merecen ser celebrados. A continuación, el Ministro destacó algunas decisiones relevantes del Supremo Tribunal Federal de Brasil en esta área: 1) convalidó la llamada "Ley María de la Peña" que condena con mayor severidad la violencia doméstica contra las mujeres y establece la imposibilidad de retirar la denuncia; 2) equiparó los derechos de la mujer casada

¹⁰ El Ministro Barroso señaló que el concepto de minorías actualmente no tiene una connotación puramente cuantitativa, sino que refiere principalmente a grupos históricamente vulnerables, víctimas de prejuicios y discriminación.

¹¹ En la exposición del Ministro Barroso y el resumen de las sentencias que envió se ha respetado el término "*negros*" porque en Brasil y otros países es aceptado y reivindicado por quienes se identifican como tales. Históricamente ha sido asociado a la resistencia, identidad y cultura de un amplio sector de la población de dicho país, donde incluso existe el Día de la Conciencia Negra.

¹² Supremo Tribunal Federal de Brasil. El resumen de esta línea jurisprudencial puede ser consultado en el apartado titulado "Resúmenes de las sentencias" del presente documento.

y de la mujer que vive en unión estable;¹³ 3) reservó que el 30% de los fondos públicos para campañas electorales se destinen al financiamiento de candidaturas femeninas, lo que a su vez ha promovido que en los últimos veinticinco años se haya triplicado la presencia de mujeres en el Parlamento, aunque todavía la cantidad sea reducida. Mencionó que otra decisión importante ha sido la relativa a sus derechos sexuales y reproductivos que refiere a la interrupción legal del embarazo, pues se descriminalizó la interrupción de la gestación hasta el tercer mes, aunque según indicó, hasta el día de su exposición el Plenario no se había manifestado al respecto.

Por otra parte, el Ministro Barroso destacó las decisiones tomadas por el Supremo Tribunal respecto a las personas negras, siendo promovidas acciones afirmativas que tienen el deber de reparación histórica debido a la esclavitud y al racismo estructural, así como también para lograr una mayor presencia de personas negras en los espacios públicos que sean inspiración para los jóvenes. En ese sentido, hizo énfasis en las siguientes decisiones: 1) se aseguró un porcentaje mínimo de acceso a las universidades públicas y privadas con becas gubernamentales; 2) se aseguró el acceso de un 20% para ocupar cargos públicos; 3) se designaron fondos para candidaturas de personas negras.

Finalmente, en relación con los grupos LGBTI+, el Ministro Barroso destacó una decisión pionera del Supremo Tribunal en 2011 que reconoció las uniones homoafectivas y, por tanto, ahora deben recibir el mismo tratamiento que las uniones convencionales entre hombres y mujeres.

¹³ Es una convivencia afectuosa sin matrimonio. Se estima que un tercio de las parejas en Brasil viven en unión estable.

Una segunda decisión fue la que permitió la adopción de niños por parejas homoafectivas, además de reconocer su derecho a cambiar de nombre de acuerdo con su percepción de género. Recientemente, en una decisión muy controvertida se criminalizó la homofobia, encuadrada en el tipo penal de racismo, a fin de proteger a personas contra aquellas actitudes de violencia física y moral.

A manera de conclusión, el Ministro Barroso afirmó que la democracia como proyecto de gobierno busca garantizar que todas las personas puedan vivir en plenitud. Asimismo, considera que las decisiones anteriormente señaladas avanzan hacia la gran causa de la humanidad y en la concretización de los derechos fundamentales para que todas las personas puedan ser libres e iguales.

Magistrado en retiro
Manuel José Cepeda Espinosa^{*}

* Corte Constitucional de Colombia.

Síntesis curricular

Se graduó *magna cum laude* de la Universidad de Los Andes en 1986 y recibió su LL.M. de la Facultad de Derecho de Harvard en 1987.

Fue Presidente de la Corte Constitucional de Colombia de 2005 a 2006 y Magistrado de dicha Corte de 2001 a 2009, año en que terminó su periodo.

En 2015, formó parte del equipo negociador sobre justicia transicional durante el proceso de paz en Colombia que culminó con un Acuerdo de Paz en 2016 y la desmovilización de la guerrilla de las FARC.

De 1987 a 1993 fue consejero presidencial de dos Presidentes de la República para la creación de la Asamblea Constituyente y la redacción de la Constitución de 1991. Por su papel recibió la Orden de Boyacá, en el más alto grado de Gran Cruz, de manos del Presidente de la República César Gaviria.

Es autor de varios libros de derecho constitucional. Entre sus actividades académicas en el exterior, destacan dictar la Master Class

2018 en el Max Plank Institute en Heidelberg, ser *Visiting Scholar* en el programa *Leadership Trough Mentorship* en la *Woodrow Wilson School, Princeton University* (2019), *Short Term Visiting Scholar* en la Universidad de Columbia (2018) y ser parte del Seminario Anual de Constitucionalismo Global de la Universidad de Yale.

Exposición

El Magistrado Cepeda Espinosa centró su exposición en el papel que ha jugado la Corte Constitucional de Colombia en la protección de los derechos sociales, específicamente sobre el derecho a la salud.¹⁴ Al iniciar su intervención, planteó tres razones principales que lo motivaron al abordaje de este derecho: 1) el contexto actual de la pandemia y que en Colombia el derecho a la salud es parte de un importante litigio;¹⁵ 2) rendir un homenaje a la Constitución de Querétaro, pionera en América Latina en la protección de los derechos sociales;¹⁶ y 3) su íntima relación con desigualdades estructurales y pobreza, por lo cual su protección transformadora implica un gran reto.

En ese sentido, lanzó una pregunta central ¿qué rol tienen las y los jueces constitucionales ante fallas sistémicas que reflejan problemas estructurales de exclusión social, marginación y desigualdad? En res-

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, T-760-2008. El resumen de esta sentencia puede ser consultado en el apartado titulado "Resúmenes de las sentencias" del presente documento.

¹⁵ La Dra. Marie-Christine Fuchs, quien moderó este Diálogo, señaló que casi 50% de las acciones de tutela en Colombia tienen relación con el derecho a la salud.

¹⁶ A manera de homenaje a la Constitución de Querétaro, la Corte Constitucional de Colombia inició a sesionar el 5 de febrero de 1991.

puesta, se propuso hacer énfasis en aquellos remedios que pueden ser diseminados y cómo en éstos se pueden conciliar la protección inmediata de este derecho con su desarrollo progresivo; así como responder a críticas al papel de las y los jueces cuando toman decisiones con implicaciones estructurales o sistémicas.

Posteriormente, el Magistrado en retiro mencionó que en Colombia el derecho a la salud está expresamente protegido por la Constitución como un derecho social, que en una primera etapa fue garantizado por una ley adoptada en 1993 a través de la cual se creó un sistema de salud que se caracterizó por contar con la participación del sector privado como aseguradores y prestadores de la salud y por dividirlo en dos grandes grupos, por una parte, aquellos que tenían capacidad contributiva (clase media y alta) y, por otra, quienes no tenían capacidad de pago (clase baja). Lo anterior, se reflejó en que el plan de beneficios para estos últimos cubría la mitad del plan de beneficios para los primeros. En ese contexto, la Corte Constitucional comenzó a recibir un buen número de casos constitucionales en materia de salud, especialmente por vía de tutela, respecto de los cuales la Corte promovió su protección de casos individuales por su conexidad con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad y a la dignidad humana. Posteriormente, se presentó una gran controversia que planteaba la necesidad de proteger el derecho a la salud más allá de lo que se estipulaba en el contrato de salud que las aseguradoras se obligan a garantizar. En estas circunstancias, se presentó una segunda controversia que versó sobre si las aseguradoras podían ser obligadas a financiar servicios de salud que no estaban cubiertos en la regulación y por tanto que no estaban en el contrato de salud.

Mencionó que en 1997 la Corte Constitucional intervino por primera vez para afrontar ese problema sistémico, indicando que el asegurado estaba obligado a financiar la protección de la salud en un caso concreto, pero que podía recobrar el costo por ese servicio al Estado. En ese sentido, representó un primer intento por introducir elementos sistémicos en la protección de este derecho en casos individuales. Sin embargo, el litigio continuó de 1997 hasta 2008, pues se presentaron conflictos suscitados entre el médico que ordenaba un tratamiento médico y los intereses de la aseguradora, los que generalmente se resolvían en favor de ésta mediante una acción de tutela, permitiendo que la aseguradora pudiera recobrar el pago adicional que no estaba cubierto en el plan de beneficios.

Posteriormente, el Magistrado en retiro explicó como en 2008, a través de acumular varios casos de tutela individuales, la Corte Constitucional cambió su aproximación en materia de protección a la salud y ordenó mediante la sentencia T-760-2008 un remedio sistémico que no se limitó exclusivamente a proteger a los tutelantes, sino que además impartió órdenes estructurales y consideró que el derecho a la salud, aunque era un derecho social era también un derecho fundamental protegible por medio de la acción de tutela, no siendo necesario demostrar su conexidad con otros derechos para garantizar su protección. Lo anterior, se tradujo en la posibilidad de emplear el esquema de análisis usualmente aplicado a cualquier otro derecho fundamental; asimismo se destacó que en su contenido, alcance y límites el derecho a la salud debía analizarse a la luz de los principios de ponderación y proporcionalidad, es decir, no es un derecho ilimitado ya que el Estado puede regularlo y establecer límites razonables a la luz del principio de

proporcionalidad. Además, la Corte Constitucional resaltó cuáles eran las tres obligaciones en relación con el derecho a la salud, que tanto el Estado como las aseguradoras debían cumplir: 1) *respeto*, el asegurador privado no puede exigir la presentación de una acción de tutela al paciente para financiar un tratamiento médico ordenado por el médico tratante, no incluido en el plan de beneficios y no sustituible dentro de éste; 2) *protección*, debe tener la infraestructura relativa para proteger este derecho; y 3) *aseguramiento del goce efectivo del derecho de manera oportuna*, contribuyendo así al bienestar real, concreto y práctico de las personas.

En ese sentido, el Magistrado Cepeda señaló que la Corte Constitucional de Colombia se planteó otra pregunta consistente en el remedio que podría diseñar la Corte para proteger de manera sistémica el derecho a la salud, lo que dio lugar a una compleja discusión al interior de esta instancia que derivó en el diseño de un remedio estructural mediante la impartición de diversas órdenes.¹⁷ En esencia este remedio consistió en que "el regulador debía regular lo no regulado hasta la fecha", es decir, hasta ese momento el regulador había mantenido una desigualdad en el acceso y protección a la salud, debido a que el plan de beneficios de la clase baja era la mitad en cobertura de quienes si tenían capacidad contributiva. Lo anterior se tradujo en la necesidad de unificarlos, al ser inaceptable un tratamiento diferencial y discriminatorio que reforzara una desigualdad estructural que perjudicaba a los pobres, quienes tienen derecho en condiciones de igualdad a la salud,

¹⁷ Con base en la clasificación remedios duros (*hard remedy*) y suaves (*soft remedy*), el remedio consistió en la fusión de ambos.

dando así fin a la separación del régimen contributivo y subsidiado. Para ello, no se especificó cómo debe implementarse, sino que lo dejó a elección del regulador, para lo cual se otorgaron plazos que en caso de ser breves, el regulador podía pedir su extensión.¹⁸ Asimismo, se implementaron órdenes para garantizar el goce efectivo de este derecho, a fin de que los recursos destinados a financiar la prestación de servicios y el desempeño del sistema de salud tuvieran mayor alcance en el interior de éste.

En ese sentido, el Magistrado en retiro Cepeda Espinosa destacó que la Corte Constitucional tomó una serie de decisiones que resultaron en la transformación del sistema de salud colombiano con una perspectiva de protección de las personas que viven en contexto de pobreza y de reconocimiento de los imperativos financieros del sistema. Además, ordenó que cualquier rediseño y unificación de los planes de salud debía de hacerse tomando en consideración la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura del sistema y que ésta podía ser gradual, es decir, no tenía que hacerse súbitamente. Por otra parte, también se ordenó tener en cuenta los estudios de carga epidemiológica para atender las verdaderas necesidades de las y los colombianos, y finalmente darle participación a la comunidad médica y organizaciones de la sociedad civil para cumplir con las metas antes mencionadas.

En este punto, el Magistrado en retiro denominó "remedio intermedio" el actuar de la Corte que desencadenó un proceso de participación de

¹⁸ El Magistrado en retiro Cepeda Espinosa señaló que el remedio es duro en la medida en que ordena cesar el trato diferencial, pero es suave al dar un plazo, permitiendo al regulador la manera de hacerlo.

diferentes saberes, necesidades e intereses. Un elemento que generó una gran controversia fue establecer que una vez cumplido el plazo de un año, si el Estado no avanzaba a un ritmo razonable sobre lo ordenado, habría una unificación de los regímenes de manera automática. En resumen, la sentencia fue cumplida a lo largo de un proceso de doce años, lográndose una transformación significativa del sistema de salud. Si bien continúan los litigios en tutela a título individual, estos dejaron de versar principalmente sobre el acceso a servicios de salud necesarios no incluidos en el plan de beneficios, sino sobre servicios de acompañamiento a pacientes y otros aspectos relativos al funcionamiento del sistema de salud. De esta manera, la Corte Constitucional ha enfrentado una serie de batallas a fin de dar seguimiento al cumplimiento de esta sentencia a lo largo de doce años, lográndose el resultado central que se proponía a través de ésta: la protección de las personas que viven en contexto de pobreza.

En conclusión, el Magistrado en retiro Cepeda Espinosa resaltó que el constitucionalismo transformador impulsado por las y los jueces con el apoyo de la sociedad civil, puede llevar a lograr cambios significativos de tipo estructural en un tema tan complejo como es el sistema de salud de cada país en beneficio de millones de personas pobres, superando desigualdades estructurales creadas por la misma regulación.

Jueza Vicepresidenta
Daniela Salazar Marín*

* Corte Constitucional del Ecuador.

Síntesis curricular

Jueza Vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador desde los inicios de 2019.

En su trayectoria profesional ha trabajado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y para el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR.

En el ámbito académico se destacó como Vicedecana del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad de San Francisco de Quito (USFQ) y también, se desempeñó como co-directora de la Clínica Jurídica de la USFQ. Actualmente es docente de pregrado en la USFQ y de maestría en la Universidad Andina Simón Bolívar y en la Maestría de Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe que ofrece el Centro Internacional de Estudios Políticos de la Universidad Nacional de San Martín.

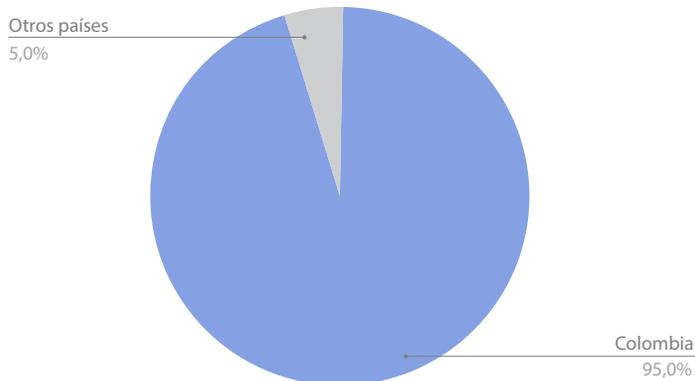
Cuenta con diversas publicaciones en materia de refugiados, migrantes, derechos humanos, entre otros.

Abogada por la Universidad de San Francisco de Quito y Maestra en Derecho por la Universidad de Columbia.

Exposición

Después de saludar a los y las participantes de la segunda edición de los Diálogos, la Jueza Salazar Marín señaló que expondría la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la protección de las personas en situación de movilidad humana, pues se trata de un fenómeno que no es ajeno a México.¹⁹ Inició su presentación dando un breve contexto sobre la situación migratoria en el Ecuador, país de origen, de tránsito y de destino de personas migrantes y refugiadas. Al inicio del 2000, se tiene registro de un importante diáspora de ecuatorianos que emigraron principalmente hacia España, Italia y Estados Unidos en búsqueda de oportunidades laborales, al mismo tiempo que muchas personas de países vecinos comenzaron a cruzar la frontera hacia el Ecuador, como la migración económica forzada desde Perú, a la que se sumaron miles de personas que huyeron de la violencia generalizada y del conflicto armado en Colombia, lo que resultó en una triplicación de la población extranjera en Ecuador entre los años 2000 y 2001.

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador. El resumen de esta línea jurisprudencial puede ser consultado en el apartado titulado "Resúmenes de las sentencias" del presente documento.

***Personas refugiadas en Ecuador (hasta septiembre 2020)**

68.897	Refugiados*
49.950	Personas en situación similar a la de refugiados
25.025	Solicitantes de asilo
400.000	Venezolanos desplazados

Asimismo, mencionó que en las últimas décadas, Ecuador ha sido un país receptor de grandes flujos migratorios, particularmente de personas colombianas, cubanas —y recientemente— venezolanas. Históricamente ha mantenido una tradición muy generosa como un país de acogida, siendo el Estado receptor con mayor número de personas refugiadas en América Latina.²⁰

Dicho lo anterior, la Jueza Salazar Marín mencionó que no es casualidad que la Constitución ecuatoriana —relativamente reciente del

²⁰ Cfr. ACNUR, *Informe de Tendencias Globales del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, 2019, p. 22. Disponible en: «<https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>».

año 2008— reconozca una serie de derechos y de principios relativos a las personas en situación de movilidad humana, siendo casi sesenta los artículos que hacen referencia a este tema. Por ejemplo, tiene muchas normas que protegen tanto a ecuatorianos en el exterior como también a personas migrantes considerados grupos de atención prioritaria, además de consagrar expresamente el derecho a migrar y la prohibición de criminalizar la migración. La Constitución también tiene artículos relativos al reconocimiento del derecho a solicitar asilo y refugio, al principio de no devolución, la prohibición de desplazamiento interno, el principio de igualdad entre personas nacionales y extranjeras, la no discriminación con base en el lugar de nacimiento, en la condición migratoria y en el pasado judicial, la prohibición de la expulsión colectiva de personas extranjeras y —quizás lo que ha despertado mayor debate en la academia— a la consagración del principio de ciudadanía universal, la libre movilidad y el progresivo fin de la condición de extranjero. Sin embargo, a pesar del reconocimiento constitucional de estos derechos, aún persisten muchos vacíos sobre su alcance y contenido; en ese sentido, recalco que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clave para avanzar y dar contenido a estos derechos.

Posteriormente, la Jueza Salazar Marín destacó cronológicamente algunas decisiones relevantes que integran la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional. En 2014 la Corte ecuatoriana tomó una importante decisión en la que se analizó la inconstitucionalidad de un decreto a través del cual se reguló el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado; en 2015 se pronunció respecto del plazo que la ley otorgaba a un solicitante de asilo para solicitar refugio al

atender el caso de una persona de origen cubano que no presentó a tiempo su solicitud.²¹ En febrero de 2019 se instaló la conformación de la Corte Constitucional —de la que la Jueza Salazar es parte— a través de la cual se ha incrementado el número de decisiones relativas a la protección de los derechos de las personas en situación de movilidad humana. En este mismo año, se emitieron medidas cautelares para suspender la aplicación de ciertos requisitos para el ingreso de personas venezolanas y la Corte se pronunció sobre el caso de una persona cubana que fue detenida por su condición migratoria. En 2020 la Corte ha emitido tres importantes decisiones sobre este tema: 1) un caso de revocatoria sobre la nacionalidad ecuatoriana por naturalización que ya se la había concedido a una persona cubana y luego se le revocó sin previo aviso; 2) sobre las garantías del debido proceso en el procedimiento de reconocimiento de las personas refugiadas en el caso de un solicitante de asilo de origen nigeriano; y 3) de manera más reciente sobre expulsiones colectivas de personas venezolanas en la frontera con Colombia.

Posteriormente, la Jueza se propuso identificar temas comunes entre las sentencias antes mencionadas, desarrollar temáticamente la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en particular analizar la manera en cómo ha concebido la prohibición de criminalizar la migración, algunas de las garantías mínimas que deben regir todos los procedimientos migratorios, la protección a las personas refugiadas y solicitantes de asilo, el desarrollo de contenido sobre el derecho a

²¹ En ese momento el plazo para realizar dicho trámite era de quince días.

migrar, y finalmente algunos señalamientos relativos a la protección a personas migrantes en el marco de la pandemia por COVID-19.

Como punto de partida, la Jueza planteó dos premisas que transversalmente han marcado las decisiones de la Corte Constitucional con relación al tema migratorio y que además permiten entender el alcance de las obligaciones del Estado y el contenido de los derechos de las personas migrantes: 1) límites a las políticas, leyes y prácticas migratorias con base en el respeto y garantía de los derechos humanos; 2) la condición de especial vulnerabilidad de las personas en situación de movilidad humana, misma que se agrava cuando están en situación irregular, quienes frecuentemente suelen enfrentar formas interrelacionadas de discriminación debido a múltiples factores como edad, género, orientación sexual, pobreza, entre otros. Dicha vulnerabilidad exige por parte del Estado la adopción de medidas especiales para garantizar la protección de sus derechos humanos.

Mencionó que en relación con la prohibición de criminalizar la migración, en la sentencia 159-11-JH de 2019,²² la Corte Constitucional reconoció que con base en el artículo 40 constitucional está prohibida la criminalización de la migración, pues este artículo señala que "no se identificará ni considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria". A partir de entonces, la Corte ha identificado prácticas que son contrarias a la Constitución en la medida en que estas refuerzan estereotipos falsos y negativos que señalan a los mi-

²² Corte Constitucional del Ecuador, No. 159-11-JH/19. El resumen de esta sentencia puede ser consultado en el apartado titulado "Resúmenes de las sentencias" del presente documento.

grantes como criminales. Además, la Corte ha reconocido expresamente que migrar no es un delito y, por tanto, no puede ser tratado como tal, enfatizando que la infracción de una norma administrativa como puede ser el incumplimiento de una regulación migratoria no debe en ninguna circunstancia ser entendida y tratada como una infracción de carácter penal. Dicho lo anterior, las siguientes prácticas son prohibidas tales como el uso de perfiles discriminatorios en controles migratorios, la aplicación del derecho penal para sancionar una falta migratoria de carácter administrativo, la detención con fines migratorios, incluida la detención en zonas de tránsito o internacionales como los aeropuertos. Asimismo, la Corte ha señalado que los mecanismos de deportación deben ser medidas de *ultima ratio*.

Por otra parte, la Jueza Salazar Marín mencionó que existen avances significativos respecto de las garantías del debido proceso en los procedimientos migratorios. En ese sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que estas garantías mínimas deben asegurarse en todos los procedimientos migratorios. Por ejemplo, en el caso de deportaciones o expulsiones, se ha reconocido que no es suficiente verificar que se ha cometido una infracción migratoria, sino que al abordar dicha potestad para expulsar a una persona extranjera, el Estado debe tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas como considerar vínculos familiares antes de hacer una deportación, asegurar que no se traten de personas con necesidades de protección internacional o personas cuyos derechos a la vida, a la libertad o a la seguridad estén en peligro en caso de ser devueltos a su país, así como otras circunstancias similares. Respecto del procedimiento para el reconocimiento de la condición

de refugiado, la Corte ecuatoriana ha tomado todo el desarrollo de las garantías mínimas que ha elaborado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) como el derecho a contar con un intérprete, el examen objetivo de la solicitud, a una entrevista personal, a recibir decisiones motivadas del derecho, a recibir recursos con efectos suspensivos, entre otros. Con relación a los procedimientos para revocar la nacionalidad a las personas por naturalización, la Corte Constitucional se ha basado no sólo en la jurisprudencia de la CoIDH, sino también en estándares mínimos desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, ha reconocido garantías como la necesidad de que los procedimientos sean individuales, que sean notificados previamente, el ejercicio del derecho a la defensa y a solicitar una revisión judicial con efectos suspensivos, entre otras. Sobre las retenciones en aeropuertos, mismas que de acuerdo con el ordenamiento se pueden realizar por menos de veinticuatro horas, la Corte estableció que el Estado tiene la obligación de no incomunicar a las personas en cuartos de detención, de explicarles las razones por las cuales se limita su ingreso al territorio nacional, de brindarles asistencia consular y legal, entre otros. En todos estos procedimientos, la Corte determinó que las autoridades están obligadas a analizar los efectos de sus decisiones en la situación específica de cada persona migrante.

Aunado a lo anterior, la Jueza Salazar señaló que las decisiones de la Corte han sido muy importantes para garantizar una protección efectiva de las personas refugiadas y solicitantes de asilo. En ese sentido, ha reconocido la importancia de la definición ampliada de la Declara-

ción de Cartagena, misma que la amplía para incorporar no sólo la persecución individual sino también proteger a personas que huyen de violencia generalizada; se ha referido a la naturaleza declarativa y no constitutiva del reconocimiento de la condición de refugiado, es decir, una persona es refugiada en tanto cruza la frontera y reúne las condiciones señaladas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o en la Declaración de Cartagena de 1984, no hasta que el Estado entrega un documento que lo reconozca como tal. Asimismo, si bien existen límites para solicitar asilo, el Estado debe analizar los motivos por los cuales una persona puede haber presentado tarde su solicitud de refugio, siendo posible en algunos casos la presentación extemporánea;²³ así como también a la prohibición de ser devueltos donde tienen un temor fundado de persecución.

Con relación al principio de no devolución, la Jueza Salazar Marín señaló que en un inicio la Corte Constitucional lo reconocía como exclusivo de las personas refugiadas, sin embargo, a partir del año 2019 se explicó que este principio protege a toda persona extranjera independientemente de su condición migratoria, es decir no sólo de los refugiados. Lo anterior, guarda relación con diversas normas de la Constitución y con el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ha señalado que se vulnera la no devolución en supuestos como los rechazos en frontera que no cumplen con un aná-

²³ En palabras de la Corte Constitucional "condenar a una persona que ya está sometida al padecimiento de sentimientos de desarraigo, reconstrucción en un territorio ajeno, y un breve espacio de tiempo para la presentación de una solicitud de refugio con la amenaza además de perder dicho derecho sino lo cumpliera en dicho plazo, deriva inevitablemente en la agonización de la difícil situación que representa ya el desplazamiento forzoso".

lisis individualizado y en casos de expulsiones colectivas de migrantes. Igualmente, enfatizó que la Corte ha destacado lo importante que es que el Estado realice un análisis individualizado en el que se identifiquen las necesidades de protección individuales de las personas migrantes antes de realizar cualquier procedimiento que afecte sus derechos humanos, que se traduce en el deber de precaución especial, así como también de garantizar protección complementaria para aquellas personas que no puedan ser devueltas a sus países de origen cuando su vida, libertad o seguridad pueda verse amenazada.

Sobre el derecho a migrar, la Jueza indicó que éste es un derecho reconocido en la Constitución ecuatoriana cuyo desarrollo había sido mínimo hasta 2019, año en que la Corte lo definió como "la facultad de trasladarse en condiciones dignas y seguras en el lugar de origen, tránsito, destino y retorno". Mencionó que la Corte Constitucional del Ecuador ha dicho que este reconocimiento jurídico implica un verdadero cambio de paradigma en relación con la consideración de la movilidad humana, al pasar de un asunto propio de la soberanía estatal y seguridad nacional en donde las personas eran objetos de control a una nueva perspectiva donde las personas son sujetos de derecho y el Estado es garante de éstos.

Asimismo, la Corte ha manifestado que este derecho tiene un alcance mayor que el derecho a la libre circulación y residencia, al incluir todo proceso de migración y además reconoce los distintos factores, motivos y riesgos que obligan a las personas a migrar. En sus recientes decisiones, la Corte ha reconocido que el Estado vulnera este derecho: 1) ante la ausencia de un análisis individualizado de los motivos y

factores para migrar; 2) cuando implementa mecanismos que criminalizan la migración; y 3) cuando impone restricciones desproporcionadas y requisitos innecesarios para ingresar al territorio nacional. Recalcó que este derecho se encuentra en desarrollo por la jurisprudencia constitucional, al ser necesarios mayores elementos para delimitar su contenido y alcance.

Finalmente, añadió que la Corte Constitucional ecuatoriana no ha desconocido los efectos que la pandemia ha tenido respecto de los derechos de las personas en situación de movilidad humana. En ese sentido, ha emitido algunas disposiciones con el objetivo de proteger los derechos de las personas migrantes, refugiadas y otras sujetas a protección internacional. Cuando la Corte realizó el control constitucional de las declaratorias de Estado de Excepción que se fundamentaron en la pandemia, se señaló: 1) el cierre de fronteras y la suspensión de vuelos no podían ser medidas absolutas, es decir, no se podía limitar el ingreso en forma indiscriminada; 2) el Estado debía abstenerse de implementar cualquier mecanismo como controles migratorios que pudieran promover la propagación del virus; 3) el Estado debía garantizar a las personas migrantes —incluso en situación irregular— el acceso a servicios de salud sin temor a sanciones administrativas por su condición migratoria; 4) adoptar medidas para garantizar su retorno voluntario en condiciones dignas y seguras; 5) adoptar medidas especiales y reforzadas para proteger a las personas en situación de vulnerabilidad como son las personas migrantes.

A manera de conclusión, la Jueza Salazar afirmó que a pesar de estos avances aún persisten retos pendientes como los estereotipos y perjui-

cios en contra de las personas migrantes que perpetúan la discriminación en el acceso a sus derechos, que promueven la violencia e incrementan su situación de vulnerabilidad; señaló que hoy no sólo están latentes sino agravados por la crisis económica que se ha profundizado con la pandemia, además de que muchas veces impactan el actuar de las autoridades. Si bien, la emisión de estas sentencias no basta para modificar esta realidad, si pueden jugar un rol muy importante al momento de acelerar los cambios necesarios para que reconozcamos que la legalidad o ilegalidad no son características que se puedan reputar a una persona y que la condición migratoria jamás podrá ser un fundamento para excluir a una persona de las protecciones básicas que derivan de su dignidad humana, así lo ha dicho la Corte Constitucional del Ecuador.

