



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CASO NO. 31-21-IN

DOCTOR ENRIQUE HERRERÍA BONNET JUEZ CONSTITUCIONAL SUSTANCIADOR CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Fabián Teodoro Pozo Neira, en mi calidad de Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, nombrado con Decreto Ejecutivo No. 2 de 24 de mayo del 2021, -en anexo por los derechos que represento del señor Presidente Constitucional de la República, doy cumplimiento a su providencia de 25 de junio del 2021, dentro del **Caso No. 31-21-IN**, y me pronuncio respecto de la acción pública de inconstitucionalidad de fondo en contra de los artículos 87, 90, 91 y 92 de la Ley Orgánica Reformatoria de Movilidad Humana, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 386 de 05 de febrero de 2021 (en adelante, “artículos impugnados”); en los siguientes términos:

I

ANTECEDENTES

- 1.1 El 06 de febrero de 2017, en el Registro Oficial Suplemento 938, se publicó la Ley Orgánica de Movilidad Humana (en adelante, “LOMH”).
- 1.2 El 05 de febrero de 2021, se publicó la Ley Orgánica Reformatoria de Movilidad Humana (en adelante, “LORMH”), que contenía, entre otras, las reformas a los artículos impugnados referentes a las causales de inadmisión de personas extranjeras, las causales de deportación y el procedimiento administrativo para la deportación y la ejecución de la deportación.
- 1.3 Con fecha 10 de mayo de 2021, se presenta la acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos impugnados por parte de la Defensoría Pública del Ecuador (en adelante, “Legitimado Activo”).
- 1.4 El 17 de junio de 2021, avocan conocimiento de la causa, los Jueces Constitucionales Enrique Herrería Bonnet, Karla Andrade Quevedo y Ramiro Ávila Santamaría disponiendo el término de 15 días para que la Presidencia de la República intervenga defendiendo o refutando los artículos impugnados.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 1.5 En la acción pública de inconstitucionalidad que nos ocupa, se ataca el fondo de los artículos ya individualizados y se alega que éstos atentan contra las normas constitucionales contenidas en el numeral 11 artículo 8 y los artículos 76 y 82, de la Constitución de la República.
- 1.6 Respecto del numeral 11 artículo 8 de la Constitución de la República, el Legitimado Activo señala que los artículos impugnados atentan contra el principio de progresividad y no regresividad de derechos, en especial el número 12 inciso 5 artículo 87 de la LORMH que amplía las causales de inadmisión.
- 1.7 En relación con el artículo 76 de la Constitución de la República, el Legitimado Activo alega que este se ve vulnerado, ya que el artículo 90 de la LORMH en concordancia con el artículo 61 del Código Orgánico Integral Penal generarían una doble sanción a los extranjeros por lo que se afecta el principio *non bis in ídem* que se vincula al derecho de igualdad y no discriminación.
- 1.8 Finalmente, alega que los artículos impugnados transgreden los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República sobre el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica, respectivamente.
- 1.9 Sobre la base de todo lo expuesto, esta Secretaría General Jurídica considera pertinente aportar con el siguiente análisis acerca del control constitucional en el presente caso.

II

DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LORMH RESPECTO DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS

- 1.10 En primer lugar, se debe desarrollar y entender las figuras de la inadmisión y de la deportación que constituyen la base del presente caso.
- 1.11 De acuerdo con el artículo 136 de la LOMH, la inadmisión responde a la *“facultad soberana que tiene el Estado ecuatoriano para negar el ingreso de una persona extranjera en función de una acción u omisión cometida por ésta.”* En otras palabras,



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

las personas que no cumplan con los requisitos establecidos en la LOMH no pueden entrar al país.

1.12 Por otro lado, de conformidad con el artículo 141 de la LOMH, la deportación es

“la resolución administrativa mediante la cual la autoridad de control migratorio dispone la salida del territorio nacional de una persona extranjera, la cual no podrá reingresar al país por un plazo de tres años contados a partir de su salida de Ecuador.

La deportación procederá solamente por las causales establecidas por la presente Ley y guardará apego irrestricto a las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución de la República.” (La cursiva fuera del texto original).

1.13 De acuerdo con el Legitimado Activo, la Constitución de la República *“reconoció a la movilidad humana como un derecho fundamental por el cual ningún ser humano puede ser considerado ilegal por su condición migratoria. Esto permitió que el enfoque de derechos humanos tome fuerza y se plasme en el principio de no criminalización de la migración en la L.O.M.H. (sic)”*. Sin embargo, este argumento carece de validez debido a que la LOMH no criminaliza a la persona que se encuentre o quiera entrar al país de manera irregular, sino que, por el contrario, establece los estándares que podrían configurar una posible inadmisión o deportación. De hecho, la misma LOMH establece en su artículo 2 que *“[n]inguna persona será sujeta de sanciones penales por su condición de movilidad humana.”*

1.14 Así, el hecho de que el inciso final del artículo 91 de la LORMH (artículo 144 de la LOMH) indique que *“[m]ientras dure el proceso de deportación, la persona extranjera permanecerá en el centro de acogida determinado por la autoridad de control migratorio”*, no significa que exista una afectación o un detrimento de carácter penal a la persona que se le aplica, y por lo tanto tampoco una conculcación de sus derechos.

1.15 Otra forma de justificar la permanencia de una persona en un centro de acogida es analizando el estándar aplicable a las detenciones contenido en el número 1 del artículo 77 de la Constitución de la República que indica que se puede detener a una persona por dos razones, por cometer un delito flagrante o con orden judicial. En este sentido,



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

es suficiente que en un proceso de deportación se emita una orden judicial para justificar la detención de la persona determinada.

1.16 Ahora, sobre la base de lo mencionado, hay que tomar en cuenta que según el artículo 2 de la LOMH, los procedimientos de deportación o cualquier otro proceso que afecte la condición migratoria de las personas es de carácter individual. Esto quiere decir que cada caso es diferente y se debe analizar la situación de cada persona para aplicar la regla contenida en el artículo 91 de la LORMH.

1.17 Al respecto de esto, la Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia No. 159-11-JH/19, citada también por el Legitimado Activo, indicando que

“El procedimiento para juzgar infracciones a la ley que regula la migración solo puede aplicarse cuando la persona extranjera incurra en una de las causales establecidas en la LOMH. Para garantizar la comparecencia y, de ser el caso, la deportación, la autoridad de control migratorio podrá disponer medidas cautelares no privativas de libertad.”

1.18 Por lo que, contrario a lo que alega el Legitimado Activo de que la privación de la libertad no es una medida aplicable en los procesos de deportación, es aplicable, y debe ser analizada en cada caso concreto que se presente.

1.19 De esta forma, no se puede concluir que la LORMH suponga un retroceso que anule derechos y la protección alcanzada con la Constitución de la República ya que esta norma, deja ver que dispone como su fundamento, los más altos estándares constitucionales de garantía de derechos.

2 DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LORMH RESPECTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

2.1 Por otro lado, el Legitimado Activo alega que la LORMH viola el derecho a la seguridad jurídica ya que, supuestamente, la Asamblea Nacional no tomó en cuenta los criterios contenidos en la Sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020.

2.2 Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional es reconocida como fuente primaria de derecho y se ubica al mismo nivel jerárquico de la Constitución de la República, el Legitimado Activo no toma en consideración que este dictamen no es análogo al presente caso por cuanto trata de la pérdida de nacionalidad y referido



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

únicamente a una de las formas de detención que es la zona de tránsito o “internacionales” en los aeropuertos.

- 2.3 Incluso, en esta sentencia se puede apreciar como la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del artículo 77 de la Constitución de la República analizado en la sección anterior y reconoce que se puede proceder con la detención de una persona cuando se cuente con una orden judicial, indicando que

“[d]e las normas referidas se desprende que las autoridades de migración, incluidas aquellas en los aeropuertos y en las zonas de tránsito o “internacionales”, no pueden detener a una persona migrante sin contar con una orden de una jueza o juez. Al contrario, dicha detención se constituiría en ilegal y arbitraria.”

- 2.4 En el caso que analiza la Corte Constitucional, en efecto existe una violación a derechos constitucionales, pero no por la detención per se, sino porque la misma no se realizó bajo el debido proceso. En otras palabras, la misma Corte Constitucional, a través de la sentencia alegada por el Legitimado Activo, reconoce que se puede realizar la detención de un migrante cuando ésta se haga bajo el procedimiento respectivo y de forma excepcional cuando fuere necesario y proporcional. Así, en sus conclusiones indica que

“La retención de personas en las instalaciones de detención o zonas de tránsito o “internacionales” en los aeropuertos, es una forma de detención migratoria que está prohibida, y que de forma excepcional se justifica cuando fuese absolutamente necesaria y proporcional. Ésta medida excepcional puede ser justificada únicamente si se produce por menos de 24 horas y es respetuosa de derechos y garantías.”

- 2.5 Dicho esto, queda claro que no se estaría violando el derecho a la seguridad jurídica ya que la jurisprudencia constitucional no está estableciendo ningún precedente respecto de los artículos impugnados, solamente manda a que se cumpla lo ya dispuesto por la ley. De igual forma, se puede determinar que el precedente analizado refuerza la posibilidad de la detención de migrantes siempre y cuando se cumplan y se respeten los procedimientos establecidos en la ley.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

3 DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LORMH RESPECTO DEL DEBIDO PROCESO

- 3.1 Otra de las inconformidades del Legitimado Activo es la de que los artículos impugnados atentan a la garantía del debido proceso, en especial el artículo 87 que hace referencia a las causales de inadmisión.
- 3.2 En palabras del Legitimado Activo, “[d]ebido a que la inadmisión constituye un proceso donde el poder estatal ecuatoriano, representado por la autoridad de control migratorio, resuelve respecto del derecho humano a migrar y el libre tránsito de los extranjeros en Ecuador, debe necesariamente desarrollarse con estricto respeto al debido proceso, sin que haya cabida para las arbitrariedades o el abuso del poder público so pretexto de invocar la facultad soberana del Estado.”
- 3.3 Como se mencionó anteriormente, la inadmisión es una facultad que tiene el Estado para negar el ingreso al país cuando exista alguna acción u omisión en la que haya ocurrido de la persona migrante. La LOMH no solamente establece cuales son los supuestos por los cuales se puede inadmitir a alguien al país, sino que establece en el artículo 138 el procedimiento para realizarla.
- 3.4 De conformidad con el artículo invocado, el proceso incluye un informe y una audiencia para resolver mediante resolución motivada la situación migratoria de una determinada persona. Asimismo, permite que la Defensoría Pública asista a la persona procesada en su defensa. Para esto, es suficiente que quien conozca la causa sea una autoridad competente y que se garantice el derecho a ser oído de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 3.5 Sin embargo, se debe destacar que las causales de inadmisión no atentan contra el debido proceso per se ya que como hemos analizado, no son violatorias a los derechos humanos. De hecho, las causales tienen como base la protección del Estado a los derechos y garantías de las personas en situación de movilidad, ya que establece requisitos mínimos y razonables para su entrada al país.
- 3.6 Finalmente, tampoco se podría alegar que se viola el debido proceso dado que éste se manifiesta en el procedimiento con el que se cuenta y se lo ejecuta para la inadmisión, por cuanto la razón de ser del mismo, es que otorga a la persona el tiempo oportuno y las condiciones para defenderse y hacer valer sus derechos.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

4 DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LORMH RESPECTO DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

- 4.1 Por último, una de las razones del Legitimado Activo es que los artículos impugnados, especialmente el artículo 90 de la LORMH, supuestamente contravendría el principio de *non bis in ídem*.
- 4.2 De acuerdo con el Legitimado Activo, las causales 8 y 9 del artículo mencionado generaría un doble juzgamiento sobre aquellas personas que han recibido una condena por infracciones sancionadas con pena privativa de libertad mayor a cinco años y aquellas que han sido sancionadas por el cometimiento de una contravención por alterar y poner en riesgo la tranquilidad y la paz ciudadana, o alterar el orden público.
- 4.3 Sin embargo, esta Secretaría Jurídica no considera que las causales 8 y 9 del artículo 90 generen un doble juzgamiento ya que en el proceso penal se determina la culpabilidad mientras que en el procedimiento de deportación se toma en cuenta la declaración de culpabilidad del proceso penal por lo que no se juzga nuevamente sobre un mismo hecho.
- 4.4 Además, para que exista un doble juzgamiento no solo debe haber identidad de sujetos, sino que debe tener identidad de acción. En el caso de un delito, se le está juzgando a la persona por la violación o el atentado a un bien jurídico protegido, mientras que la razón de ser de la deportación no recae sobre el cometimiento del delito en sí, sino sobre el hecho de tener una condena. En palabras más sencillas, si por ejemplo una persona extranjera es acusada de asesinato, cuando se realice el procedimiento de la deportación no se va a tratar nuevamente la prueba del delito ni si es culpable o no, únicamente se va a verificar su calidad de actor y de poseer una sentencia ejecutoriada.
- 4.5 Ahora bien, no se debe confundir con que el último inciso del artículo 90 que indica que “[e]n el caso de las causales números 8 y 9 del presente artículo, el proceso de deportación iniciará inmediatamente después del cumplimiento de la pena que se haya impuesto” sea un nuevo procedimiento para juzgar de manera reiterada a la persona que cometió el delito. De hecho, esta es la prueba del respeto al debido proceso ya que le permite a la persona, una vez que ha concluido su pena, defenderse contra la deportación.
- 4.6 Por otro lado, el Legitimado Activo alega que la deportación en los casos previstos por las causales 8 y 9 serían discriminatorios ya que estos solamente aplican a los



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

extranjeros. Al parecer olvida que el primer estándar que se tiene respecto de la deportación de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la no expulsión de los nacionales por lo cual, por obvias razones, esta no podría ser aplicable a personas que no sean extranjeras. Por estos motivos, no se puede alegar que los artículos impugnados sean contrarios al principio constitucional del *non bis in ídem*.

III

PETICIÓN

De la argumentación expuesta en los acápites anteriores, dejo demostrada la inexistencia de violación a norma constitucional alguna, por lo que la demanda debe ser desechada de plano, en consideración además a la insuficiente justificación del actor para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de los artículos impugnados. Asimismo respetuosamente me permito manifestar que la inconstitucionalidad normativa debe ser aplicada como último recurso en estricto apego al principio *in dubio pro legislatore*, y a lo ordenado en los números 2, 3 y 6 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

IV

AUTORIZACIONES

Autorizo a los siguientes profesionales abogados: Marcos Miranda Burgos, María Belén Loor Segovia, Hugo Aguiar Lozano, Roberto Andrade Malo, Carla Guerra Sarmiento, Joaquín Ponce Díaz y Yolanda Salgado Guerrón, para que individual o conjuntamente presenten cuanto escrito sea necesario en defensa de los derechos que represento y acudan a cuanta diligencia que se realice durante la sustanciación de la presente causa.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

V

NOTIFICACIONES

Notificaciones que nos correspondan, las recibiremos en la casilla Constitucional No. 001, así como en los correos electrónicos sgj@presidencia.gob.ec y nsj@presidencia.gob.ec.

Fabián Pozo Neira
Secretario General Jurídico
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Yolanda Salgado Guerrón
Asesora
Matrícula profesional 17-2005-238



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR